

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA DISTINCTION

DU

DOL CIVIL & DU DOL CRIMINEL

EN DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE DE DROIT PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 15 juin 1907, à 10 heures

PAR

Robert DREYFUS

ATTACHÉ AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ ET DU CONCOURS GÉNÉRAL

Président : M. LE POITTEVIN.

Suffragants : { *MM. GARÇON, professeur.*
TISSIER, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA DISTINCTION

DU

DOL CIVIL & DU DOL CRIMINEL

EN DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE DE DROIT PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le samedi 15 juin 1907, à 10 heures

PAR

Robert DREYFUS

ATTACHÉ AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ ET DU CONCOURS GÉNÉRAL

Président : M. LE POITTEVIN.

*Suffragants : { MM. GARÇON, professeur.
 TISSIER, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA DISTINCTION
DU DOL CIVIL ET DU DOL CRIMINEL
EN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

I

Nous proposant l'étude de ce sujet classique, la distinction du dol civil et du dol criminel, en droit français, nous devons d'abord préciser les termes du problème, envisagé le plus souvent sous un angle trop étroit, et dont les données, en quelque sorte faussées, ne pouvaient conduire à une solution juste.

Il ne s'agit pas ici de refaire la théorie du dol, entendu au sens le plus large du mot, synonyme d'intention de faire un acte contraire à la loi, et se caractérisant par la prévision d'un résultat illégitime et dommageable pour autrui, — du dol, délit civil et criminel, qu'on oppose aux quasi-délits civil et criminel d'imprudence et de négligence.

Mais nous n'entendons pas non plus borner cette étude à une comparaison stérile du dol civil, considéré

dans son sens le plus étroit, vice du consentement et causée d'annulabilité de la convention, et d'un dol criminel qui se confondrait avec le délit d'escroquerie, attendu que cette comparaison, ainsi que la démonstration en a été faite, est juridiquement impossible, que le dol criminel n'existe pas, rationnellement du moins, « si par dol criminel, on veut entendre le dol frappé d'une pénalité pour lui-même » (1).

Nous voulons tenter de marquer, en droit français positif, les frontières du droit répressif et du droit indemnitaire en cas de mauvaise foi, aussi bien dans la passation que dans l'exécution des conventions qui présentent un caractère pécuniaire, et, par de rapides incursions sur le terrain des législations étrangères, démontrer si ces limites sont ou non rationnelles, — bien qu'il soit peut-être audacieux de parler de limites rationnelles en pareille matière, alors que, sous l'impérieuse domination des faits, le législateur semble contraint de construire de manière empirique la théorie du dol criminel, en suivant pas à pas, avec les progrès de la civilisation, les progrès du mal : ce qui faisait dire à un jurisconsulte allemand : « La science n'est pas en état de déterminer le critère qui sépare le dol civil du dol

(1) Garraud, *Traité de droit pénal*, t. V, p. 542, en note. — La doctrine, cependant, a cru, pendant longtemps, devoir chercher dans cette comparaison la solution de notre problème : elle fut trompée par la rédaction de l'article 403 sur le but poursuivi dans ce texte par le législateur.

criminel ; elle a besoin de s'en rapporter au tact juridique des magistrats » (1).

Mais, dût-on se résigner à une faillite relative de la science du droit en cette matière, ce ne serait pas encore une raison pour accepter en désespoir de cause le remède proposé par Pfitzer, car, lorsque le droit civil coudoie le droit pénal, il n'est pas de terrain où l'arbitraire du magistrat et son impuissance dans la représentation des faits non prévus par la loi pénale soient davantage à combattre, où il faille plus éviter le double écueil des formules trop étroites ou trop compréhensives, où l'intervention éclairée du législateur soit plus nécessaire.

En outre, cette pensée ne porte-t-elle pas la marque d'un pessimisme exagéré, alors qu'un auteur a pu nous proposer un critérium des plus simples de la séparation du dol civil et du dol criminel : « La loi pénale, dit-il, fait un délit de toute atteinte à la propriété et abandonne au droit civil toute la matière des conventions » (2) ?

Sans doute, *a priori*, cette formule peut paraître quel-

(1) Pfitzer cité par Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 551 : « Der Betrug in Vertragsverhältnissen », dans l'*Allgemeine Deutsche Strafrechts-Zeitung*, 1873.

(2) Planiol, « Dol civil et dol criminel », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1893, p. 545 et 649. — Dans le même sens : Garraud, *op. cit.*, p. 541 et suiv. ; Chauveau, note sous arrêt de Cass., 18 mai 1893, *Pandectes françaises*, 1895.1.49 ; Pirmez, Rapport de la Commission de réforme du Code pénal, *Législation criminelle de Belgique*, t. III, p. 345 et suiv.

que peu paradoxale et obscure, surtout si nous nous bornons à un examen de notre seule législation : on est surpris de voir une séparation nettement établie par l'auteur précité entre deux domaines en général si intimement unis que ceux de la propriété et des conventions. De l'inexécution de mauvaise foi de la plupart des obligations conventionnelles résulte une atteinte au droit de propriété du co-contractant, qui semblerait appeler une sanction pénale.

En réalité cette formule est complètement éclairée par l'idée suivante exprimée, dans le même article, par M. Planiol : « Le droit pénal ne devrait jamais rester indifférent toutes les fois que le dol a pour but une spoliation. »

Il ne suffit pas, en effet, pour combattre la théorie de ceux qui, dans le dol criminel, voient un superlatif des mauvaises manœuvres et mauvais artifices qu'une partie aurait employés vis-à-vis de l'autre, de caractériser ce dol par cette simple affirmation que, dans les délits d'escroquerie et d'abus de confiance, le législateur a entendu réprimer l'atteinte à la propriété, et non le manquement à la foi promise, de même que, dans le délit de vol, ce n'est pas le geste brutal qui est le but de la répression.

Ce qu'il faut établir, à la base de toute sanction pénale rationnelle, en ces matières, c'est l'absence réelle de convention aux regards d'une des parties, sa conscience de n'être pas liée par la loi d'un contrat, sa con-

viction de l'absence d'une juste cause du transfert de la propriété dont elle entend user et abuser, qu'il s'agisse d'ailleurs du délit d'escroquerie ou du délit d'abus de confiance, et, quelque contraires que soient parfois les apparences.

L'escroc entend spolier par le mensonge, et non pas contracter, et, si l'auteur d'un abus de confiance entend profiter de l'existence d'une convention, ce n'est certes pas pour manquer à une obligation contractuelle, mais à l'obligation de droit commun de ne pas porter atteinte à la propriété d'autrui, obligation qui ne saurait faire l'objet d'aucune convention entre particuliers : « C'est le détenteur de la chose d'autrui, et, non pas le débiteur de mauvaise foi, dit M. Planiol, que la loi pénale punit..., et l'existence de ce contrat est même à ses yeux une atténuation de la peine » (1).

Pour être rationnelle, la loi ne devrait donc rester indifférente dans aucun des cas où par cette détention un détournement est commis, de même que, pour être logique, selon le mot du même auteur, « elle ne devrait pas rester indifférente toutes les fois que le dol, — nous dirons, pour éviter toute équivoque, la mauvaise foi dans la conclusion d'une convention — a pour but une spoliation ».

II

« Cependant, il pourra arriver, disait Pirmez, Rap-

(1) Planiol, *loc. cit.*, p. 661.

porteur de la Commission parlementaire de réforme du Code pénal de Belgique en 1867, que le dol criminel (il s'agissait, en l'espèce, uniquement du délit d'escroquerie) se montre dans les conventions. La nature coupable des manœuvres employées peut faire, en effet, que le dol soit en même temps civil, parce qu'il intervient dans une convention de droit civil, et criminel parce que l'immoralité des faits réclame une pénalité » (1).

Nous faisons nos réserves tant sur l'emploi du mot « *manœuvres* », qui risque de faire naître l'équivoque que nous nous sommes efforcé de dissiper, que sur l'usage de l'expression « *immoralité* », dont la mesure ne doit pas toujours servir de règle pour l'établissement des pénalités ; mais nous reconnaissons, au fond, la justesse de l'idée.

Le législateur doit, en effet, faire preuve d'opportunisme dans la construction de la théorie du dol criminel : dans l'intérêt de l'ordre public, il doit élargir le domaine rationnel de ce dol, quand les conséquences du manquement à la foi privée lui paraissent, du fait de la situation sociale de son auteur, pouvoir occasionner un véritable trouble social, sans qu'on puisse lui objecter qu'il s'agit d'une gravité purement objective, et que la sanction d'autres actes qui révèlent une perversité aussi grande est abandonnée au droit indemnitaire.

(1) *Législation criminelle de Belgique*, t. III, p. 343 et suiv.

Il ne faut pas chercher, par exemple, une explication juridiquement rationnelle de la répression pénale en cas de falsifications et fraudes commerciales et agricoles. En cette matière, la répression a suivi une marche régulièrement ascendante depuis cent ans ; mais l'exigence légitime de l'absolue loyauté dans les transactions commerciales, en échange de l'octroi à chacun du libre accès de toute carrière commerciale et industrielle, l'intérêt plus grand porté par le législateur à l'hygiène et à la santé publique, ou encore le désir de remédier à de grandes crises agricoles suffisent à justifier cette répression. De même que, malgré une perversité qui peut être égale, nous nous expliquons par des raisons d'opportunité la différence considérable entre les pénalités qui sanctionnent le détournement du gage civil et celles qui frappent la banqueroute frauduleuse, alors que le débiteur civil, comme le débiteur commercial, avait, en contractant, obligé ses biens.

Mais si l'article 1 §1 de la loi du 1^{er} août 1905 peut paraître le terme de la fusion du droit indemnitaire et du droit pénal par le progrès incessant de ce dernier, nous devons signaler maintenant un recul du droit pénal devant le droit indemnitaire.

Après avoir signalé qu'en matière d'escroquerie il n'y avait pas à redouter qu'une énumération trop large des moyens fasse tomber l'escroc sous le coup de la pénalité, si la disposition n'est applicable qu'en cas d'absence de convention sérieuse, le Rapporteur de la

Commission de réforme parlementaire du Code pénal de Belgique ajoutait « qu'il importait cependant de ne pas punir tous les mensonges, toutes les allégations frauduleuses qui produiraient une remise de fonds ».

Nous savons qu'en ce qui concerne le délit d'escroquerie tel est l'esprit et telle est la lettre de la loi française, contre lesquels les législateurs récents se sont prononcés. D'ailleurs, de même que lorsqu'il s'agit de l'escroquerie, l'article 403 du Code pénal fait un choix dans les moyens qui peuvent « produire la remise des fonds », de même l'article 408 du Code pénal, en cas d'abus de confiance, détermine limitativement les contrats à la faveur desquels le délit peut être perpétré. Qu'il s'agisse d'escroquerie ou d'abus de confiance, ces restrictions semblent autant d'atteintes aux principes rationnels qui doivent servir de base à l'établissement de ces deux sortes de pénalités. Mais, ce que nous pouvons affirmer de suite, et, ce que démontre à merveille l'histoire de notre législation, surtout en matière d'escroquerie, c'est que notre législateur a procédé par voie de restriction du domaine d'application du droit pénal, et que, s'il a substitué à une disposition générale aussi critiquée que célèbre, en vertu de laquelle tout dol ayant pour objet la spoliation devait être réprimé, une formule plus restrictive, en vertu de laquelle était soustraite à la répression pénale, notamment, ce qu'en Hollande on appelle « *Flesschetrekking* », c'est-à-dire la tromperie qui a pour but de se faire livrer des mar-

chandises, sans que l'acheteur ait l'intention de les payer, ce n'est certes pas parce qu'en l'absence de manœuvres l'élément rationnel de la poursuite pénale faisait défaut à ses yeux, mais parce qu'aucun signe extérieur ne révélant à l'origine cette intention frauduleuse, il ne voulait pas « qu'on convertît les procès civils en procès correctionnels » (1).

Cette prudente réserve, si critiquée aujourd'hui, a pu, sans doute, parfois favoriser l'exploitation éhontée de la crédulité des simples et des illettrés ; de même qu'interprété, comme il le fut, par la jurisprudence, l'article 408, avant les réformes de 1832 et 1863, rendait incohérente la répression du délit d'abus de confiance, en laissant en dehors de ses prévisions les cas les plus fréquents et les plus dangereux ; si bien qu'on pouvait se demander si c'était la propriété, et non pas l'observation de tel ou tel contrat déterminé, que le législateur avait entendu faire respecter.

Mais, après les réformes législatives de 1832 et 1863, après le vote de la loi de 1867 sur les sociétés par actions et des dispositions pénales édictées par elle, après celui des nombreuses mesures qui ont étendu la répression

(1) Voir l'exposé des motifs de Faure : Dalloz, *Suppl. Rép.*, V^e Vol et *escroq.*, n^o 711. — Cet exposé est d'ailleurs conçu en termes obscurs qui ont pu contribuer à faire naître une confusion sur la pensée réelle du législateur. « On verra, disait-il notamment, que la loi ne veut pas que la poursuite en escroquerie puisse avoir lieu sans un concours de circonstances et d'actes antécédents qui ôtent toute idée d'une affaire civile. »

des falsifications et fraudes commerciales, en modifiant successivement les articles 318 et 423 du Code pénal, sans parler même des textes fondamentaux en matière de banqueroute et de faux, ou des lois réglementant des fraudes spéciales (1), peut-on adhérer sans réserve à la motion votée par l'assemblée générale du Congrès pénitentiaire de Budapest, dans sa séance du 4 septembre 1905, qui semblait plus particulièrement viser notre législation française : « Le Congrès exprime un vœu en faveur de l'idée d'une révision de principe des dispositions des diverses législations pénales déjà anciennes visant l'escroquerie, de façon à les mettre en harmonie avec les développements apportés depuis un siècle dans les affaires financières, commerciales et industrielles, qu'en l'état elles ne peuvent atteindre » ?

Hypnotisés peut-être par la considération du seul article 405, les jurisconsultes de Budapest ne semblent pas s'être suffisamment souvenus que, si ce texte est toujours fondamental en matière de tromperie dans la conclusion des conventions, il est débordé depuis longtemps par les lois spéciales qui prévoient précisément les infractions auxquelles la motion votée semble faire allusion, et qu'au surplus il eût suffi, dans la plupart des cas, à réprimer.

(1) Notamment lois de 1824 et 1857, sur la protection des marques de fabrique, qui visent également les fraudes commises vis-à-vis de l'acheteur ; loi de 1873, sur la filouterie d'aliments ; loi de 1895, sur les fraudes en matière artistique ; loi de 1896, sur la circulation des monnaies de billon n'ayant pas cours.

En tout cas, l'examen de nos lois nous démontrera que, s'il est des législations qui assurent de manière plus générale la répression de la fraude dans la conclusion et l'exécution des conventions, il n'en est pas qui témoigne à un plus haut degré que celle de 1810 de la conscience scrupuleuse du législateur à ne laisser dans la détermination des dol civil et criminel qu'une place minime à l'arbitraire du juge. Nous verrons si ce mérite, d'autant plus rare que les devanciers de ce législateur s'en étaient montrés moins jaloux, ne lui vaut pas d'être pardonné de ce qu'un jurisconsulte hollandais appelle « l'impunité de quelques escrocs dont la société ne mourra pas » (1).

(1) Rapport de M. le D^r Simons, professeur de droit pénal à l'Université d'Utrecht, au Congrès de Budapest de 1903. *Bulletin de la commission pénitentiaire internationale*, 5^e série, livraison II, 1903, 3^e volume.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DU DOL CIVIL ET DU DOL CRIMINEL DANS L'ANCIENNE FRANCE.

I

A) Le législateur de 1810, disions-nous, a eu d'autant plus de mérite à laisser moins de place à l'arbitraire du juge dans la distinction des dols civil et criminel, que ses devanciers de l'ancienne France s'en étaient montrés moins soucieux, qu'ils avaient fait moins d'efforts pour créer des catégories rationnelles, dans lesquelles viendraient prendre place les espèces. Néanmoins, il serait injuste de méconnaître que le législateur de 1810 a fait à cet ancien droit de nombreux emprunts, comme celui-ci d'ailleurs avait largement puisé aux sources romaines.

Le critérium légitime de la distinction du dol civil et du dol criminel, à savoir que la matière des conventions relève du droit civil, et l'atteinte à la propriété, du droit pénal, avait été emprunté par nos anciens jurisconsultes au droit romain (1). Nous ne trouvons pas

(1) Jousse, *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1771, t. IV, tit. LVII : « Du vol ».

chez leurs criminalistes la formule précise qui consacrer l'application du principe, mais, par l'énumération des espèces qu'ils nous indiquent comme pouvant motiver, sous la large qualification de vol (1), des poursuites criminelles, nous reconnaissons que le critérium de la distinction des deux espèces de dols adopté par eux était non pas le mensonge ou la manœuvre, mais le caractère fictif ou sérieux de la convention.

Ils adhéraient, en somme, à la fameuse définition du dol civil donnée par Ulpien (2) : « Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis, quam furtum facit, ut puta si dixit locupletiores, si in mercem se collocaturum quod accepit, si fidejussores idoneos daturum, vel pecuniam confestim se soluturum : nam ex his omnibus magis decepit quam furtum facit, et ideo furti non tenetur ; sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio, de dolo dabitur. » Mais ils estimaient aussi, comme le jurisconsulte romain, que celui qui se présentait faussement comme mandataire d'une tierce personne pour se faire remettre des fonds dus à cette dernière, ou

(1) Muyart de Vouglans, *Institutes criminelles suivant les lois et ordonnances du royaume*, Paris, 1762, p. 562. Les faits qualifiés aujourd'hui escroquerie étaient réprimés dans l'ancien droit sous la qualification générique de vol ; le nom d'escrocs était réservé « aux faiseurs de tours, coupeurs de bourse », appelés en droit romain « sarcularii », ou encore aux sortes de gens appelés « directarii » qui s'introduisent « subtilement » dans les boutiques et maisons pour y voler.

(2) Dig., liv. XLVII, tit. II, *De furtis*, L. 43, § 3.

comme créancier d'une dette payée, devait être poursuivi comme voleur, bien qu'il n'y eût pas là, à proprement parler, prise de fausse qualité, tromperie « in persona », mais simple mensonge en vue d'une spoliation (1).

Il est vrai que la notion vague et peu rationnelle du faux, avec ses multiples catégories extraites fidèlement de la loi *Cornelia de falsis* (2), obscurcissait quelque peu ces notions du dol civil et du dol criminel : les jurisconsultes qualifiaient de ce nom « tout acte frauduleux qui tendait à obscurcir la vérité » (3).

Mais, au fond, l'antique distinction établie par Ulpien était respectée : tantôt, en effet, la qualification de faux empiétait sur le terrain du vol, en cas de falsification des actes, de supposition de personne, de faux monnayage, de changement de nom ou de qualité dans le but « d'en tirer quelque profit » (4) ; tantôt, avec la subornation de témoins, le faux témoignage, délits extra-

(1) Jousse, *op. cit.*, p. 175 et 176. — Le même auteur considère également que « celui qui achète un cheval et qui l'emmène avant d'avoir payé le prix contre la promesse qu'il en avait faite, commet aussi « une espèce de vol », surtout dans le cas où on serait convenu de ne le livrer que sur paiement au comptant ».

(2) *Lex Cornelia de Falsis*, Dig., L. 47, tit. X. — Les dispositions de cette loi, établie contre ceux qui falsifiaient les testaments ou qui étaient chargés de les écrire, avaient été étendues à toutes espèces de faux, tels que calomnie, faux témoignage, subornation de témoins, stellionat.

(3) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 611.

(4) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 616 : « Nous ne parlons que des changements ou suppositions de nom, dit cet auteur, qui se font en fraude, et, dans la vue de nuire à des tiers ou d'en tirer quelque

conventionnels, ou la falsification de denrées et la vente à faux poids, fraudes contractuelles, traités également les uns et les autres comme faux, l'ordre public était intéressé à la répression pénale. Nous sommes, au contraire, sur le terrain normal de la convention privée avec la simulation et le stellionat, mais l'ancien droit fut un devancier en ces matières ; il en fit des « quasi-faux », dont la sanction fut abandonnée au droit indemnitaire (1).

Enfin il n'est peut-être pas inutile de rappeler que, si notre législation de 1810 sut faire la scission nécessaire entre les diverses catégories du faux, elle emprunta à nos anciennes jurisprudences, déterminées elles-mêmes par la promulgation de nombreuses ordonnances, et notamment celle de 1670, les termes mêmes de la définition des faux en écriture, ou mieux la détermination de ces moyens de faux (2).

B) Si nous passons maintenant sur le terrain de la répression, dans l'ancien droit, de la fraude dans l'exécution des conventions, nous y trouvons esquissée une théorie du dol civil et du dol criminel, dont l'empirisme, en matière d'abus de confiance, peut nous paraître quel-

profit, car si ce n'est uniquement que pour satisfaire la vanité, comme un roturier qui s'arroe la qualité de noble, il n'y a lieu de prononcer aucune peine, ce qui s'entend néanmoins lorsqu'on s'entient à de simples déclarations verbales. »

(1) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 639.

(2) Ordonnance de 1670, tit. IX, relatif « à la reconnaissance des signatures et écritures en matière criminelle ».

que peu grossier, mais dont nous avons adopté néanmoins l'esprit, et parfois même — par méprise, il est vrai — les termes mêmes.

Il n'est pas exact, d'une manière absolue, comme on l'a écrit (1), que le délit dénommé aujourd'hui abus de confiance n'ait jamais motivé dans nos pays de coutumes, contrairement à la pratique du droit romain, des poursuites criminelles : seule la théorie du vol d'usage avait été absolument répudiée.

Si dans la catégorie des vols simples (2), ne pouvant donner lieu qu'à des condamnations pécuniaires, figurait, en principe, le détournement commis à la faveur d'une convention, parce que le contractant avait « une espèce de droit dans la chose » qu'il prenait (3), et qu'ainsi on ne le regardait pas comme voleur, l'exception, en cette matière, dépassait la règle par son importance, en raison des nombreux cas où le détournement avait été admis au rang des vols qualifiés. Mais l'ordre public et l'arbitraire justifiaient seuls ces dérogations à la règle ; et, en somme, en ce qui concerne la fraude dans l'exécution de la convention, les limites du droit

(1) Serres, *Institutions du droit français*, liv. II, tit. 1, § 6.

(2) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 556 : « Le vol simple est celui qui blesse uniquement l'intérêt des particuliers... : vol fait par un fils de famille à son père, par la veuve aux héritiers de son mari, par ces derniers à la veuve ou à leurs cohéritiers, par le créancier qui abuse du gage de son débiteur, par le depositaire qui se sert du dépôt qui lui a été confié. »

(3) Jousse, p. 177.

criminel et du droit civil ne reposaient sur aucune base juridiquement rationnelle ; bien plus, les mêmes espèces motivèrent tantôt de simples réparations pécuniaires, assurées par la contrainte par corps, tantôt des condamnations à des peines afflictives (1).

Cependant, sans parler d'emprunts de qualification (2), dus à son inadvertance, le législateur de 1810 en réprimant, sous une formule imparfaite, l'atteinte à la propriété perpétrée à la faveur d'une convention, et en adoptant le principe de la moindre pénalité en cas d'abus de confiance qu'en cas de vol et d'escroquerie, a subi l'influence de la théorie du « certain droit sur la chose ».

Lorsque nous aurons encore mentionné les crimes de banqueroute frauduleuse, dont les diverses catégories furent empruntées par le Code de commerce à l'Ordonnance de 1673 et à la Déclaration royale d'août 1724, nous aurons terminé cette esquisse de la représ-

(1) Tel était notamment le cas « des vols faits par des agents d'affaires, commis, intendants, receveurs et autres administrateurs qui sont aux gages ». Jousse, *op. cit.*, p. 179, et Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 565.

(2) Tel est celui fait par l'article 386 du Code pénal. Assimilés les uns aux domestiques, les autres considérés comme dépositaires publics, les aubergistes, maîtres de coches, messagers ou voituriers encourageaient des poursuites criminelles, en cas de détournement des effets ou marchandises à eux confiés. Cette pratique de l'ancien droit passa dans notre Code ; mais le détournement de la chose détenue en vertu d'un contrat était dès alors prévu par la loi pénale, sous le nom d'abus de confiance.

sion du dol criminel dans l'ancienne France : nous nous rendons compte désormais que la tâche dévolue au législateur de la période intermédiaire devait être une tâche créatrice, moins au point de vue de l'établissement des principes, dont les siècles passés avaient eu déjà l'intuition, qu'au point de vue de leur coordination et de la méthode d'application.

II

En haine de l'arbitraire de l'ancien droit, qui, à l'aide des larges qualifications génériques, semblait pouvoir en cette matière se donner libre carrière, et empiéter, selon les besoins de la cause, sur les terrains respectifs du droit civil et du droit criminel, le législateur de la Révolution détacha des deux grands arbres criminels du faux et du vol des rameaux, qui, sous leur dénomination propre, figurèrent désormais dans la loi pénale : la loi des 19-22 juillet 1791 (1) vit naître, sous une qualification spéciale, les délits d'escroquerie et d'abus de confiance, tandis qu'au détriment de la dénomination générale de faux, dont l'usage était désormais réservé aux faux en écritures, étaient ébauchés les futurs articles 318 et 423, en matière de falsifications et de tromperie sur la nature de la marchandise (2).

(1) Loi des 19-22 juillet 1791, tit. II, sect. II, art. 25, art. 41 à 55.

(2) Loi des 19-22 juillet 1791, tit. II, sect. II, art. 39 : tromperie

Mais, au sein même des qualifications, que de vices s'accusaient ! Le législateur, en repoussant les principes de l'ancien droit, en adoptait les solutions d'espèces, et s'efforçait de les faire rentrer dans ses définitions. Il ne déterminait pas les moyens du faux en écritures, renvoyant sur ce point l'interprète aux théories jurisprudentielles de l'ancien droit et aux nombreux édits et ordonnances régissant la matière. Il ne prévoyait que la falsification des boissons, et, en ce qui concerne la tromperie sur la nature de la marchandise, il ne réprimait que celle « sur le titre de l'or et de l'argent, et la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine » : sur ce point particulier, il poursuivait le système de l'ancien droit, qui, dans la répression de ces dernières fraudes, n'avait pas su poser un principe général.

Si, au délit d'escroquerie, le législateur de 1791 avait rattaché l'usage du faux nom, détaché de l'arbre des faux, et qui, constituant un simple mensonge, était moins grave socialement si on se plaçait au point de vue objectif, celui du législateur, que les faux en écritures, il avait cependant donné de ce délit une définition, nous ne dirons pas si large, pour ne pas paraître critiquer *à priori* le système des législations les plus récentes, mais si vague et si propice à l'équivoque que la jurisprudence, pour éviter la confusion des deux domaines du dol civil et du dol criminel, avait fini par se montrer plus restric-

sur le titre de l'or et de l'argent, et la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine.

tive dans l'application du texte prévoyant l'escroquerie, que celle d'après 1810, lorsque le système du Code le fut devenu à son tour.

Une réforme de la loi de frimaire an VIII, portant sur la distinction du faux et de l'escroquerie, ne l'améliorait pas à ce point de vue.

D'autre part, si le détournement commis à la faveur d'une convention était désormais considéré comme délit, sous la dénomination d'abus de confiance, la définition du délit fut interprétée de manière si restrictive et si arbitraire, que l'ancien droit, avec ses exceptions absorbant, en quelque sorte, la règle, était peut-être encore plus satisfaisant au point de vue de la logique et de l'équité.

Nous reviendrons sur chacun de ces textes lors de l'étude de l'œuvre du législateur de 1810. Mais il nous faut auparavant faire encore une dernière critique, qui vise, dans son ensemble, le travail du législateur de la Révolution. En la matière de la tromperie dans la conclusion et dans l'exécution des conventions, il a fait une œuvre essentiellement abstraite et objective. Seuls les moyens du délit l'intéressaient, seuls, à ses yeux, ils révélaient le plus ou moins grand degré de criminalité de l'agent : l'importance du préjudice n'était pas prise en considération pour la répression. Cette conception, qu'aggravait encore le système des peines fixes, n'était certes pas un progrès sur le subjectivisme objectif de l'ancien droit, et si toutes les législations

les plus récentes ont réagi contre elle, elle n'en pèse pas moins lourdement sur notre Code de 1810, malgré les progrès réalisés par ce dernier, à ce point de vue même, et les réformes postérieures.

Cette conception, vicieuse, à notre sens, devait entraîner, au point de vue de l'interprétation, une autre erreur : les efforts psychologiques du législateur portant, en quelque sorte, en notre matière, plus sur les procédés d'exécution du délit que sur le but et le résultat de ce dernier, des interprètes en vinrent, lorsqu'en 1810 le législateur se fut montré plus précis dans la détermination des moyens d'escroquerie, à considérer ces moyens comme propres non seulement à distinguer les différentes catégories du dol criminel, mais encore à séparer le dol civil du dol criminel : cette dernière observation nous amène à l'étude de la répression pénale, en droit français, de la tromperie dans la conclusion des conventions, et notamment de l'article 405 du Code pénal, qui prévoit le délit d'escroquerie.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU DOL DANS LA CONCLUSION DES CONVENTIONS EN DROIT FRANÇAIS. DE L'ESCROQUERIE ET DES DÉLITS SIMILAIRES.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DU DÉLIT D'ESCROQUERIE EN DROIT PÉNAL FRANÇAIS.

SECTION I. — Histoire de l'article 405. Son esprit général.

A l'article 35 (tit. II, sect. II) de la loi des 19-21 juillet 1791 figurait la définition suivante de l'escroquerie (1), délit ancien à qualification nouvelle : « Ceux qui par dol, ou à l'aide de faux noms, ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire auront abusé de la

(1) Escroquerie vient du mot grec *αἰσχροπρεδής*, qui signifie gain sordide, ou de l'italien « siroccare », qui signifie tirer avec un croc (Voir sur cette étymologie : David, *Le délit d'escroquerie*, Paris 1883, p. 4).

crédulité de quelques personnes et escroqué tout ou partie de leur fortune seront poursuivis devant les tribunaux du district, et, si l'escroquerie est prouvée, le tribunal de district, après avoir prononcé les restitutions, est autorisé à condamner, par voie de police correctionnelle, à une amende, qui ne pourra excéder 5.000 livres, et à un emprisonnement, qui ne pourra excéder deux ans. »

Les auteurs de cette définition avaient-ils voulu démontrer qu'ils ne sauraient être inférieurs au génie du mal, et, en présence « d'un délit se composant d'une multitude de circonstances qui varient à l'infini, selon la fertilité de leurs auteurs, de cette sorte de Protée qui se transforme en mille manières » (1), imaginer une qualification dont le caractère vague triomphât des contours à peine dessinés dont s'enveloppait la ruse ? Mais cet éloge hyperbolique du génie des escrocs, que Dupin devait prononcer en 1846, et qui demeure si contestable (2), n'eût guère été de saison en 1791, avant que fussent lancées les grandes entreprises où se révélèrent les « Achille de la finance », et, parfois aussi, « de l'escroquerie ».

(1) Dupin, Réquisitoire (Cass., ch. réunies, 20 juin 1846, D. 46.1.66).

(2) Voir discours prononcé par M. le Professeur Garçon, Président du Congrès national de droit pénal, le 7 juin 1906 : « On nous représente, disait-il, le malfaiteur comme un esprit prompt à utiliser pour le mal toutes les ressources de la science moderne. Vous, Messieurs, qui le connaissez, vous savez bien qu'il n'en est rien. L'escroc lui-même est presque toujours un esprit très borné. »

En réalité, tel n'était pas le souci du législateur de 1791 : à tort ou à raison, il avait simplement voulu faire rentrer sous la qualification nouvelle toute une série d'espèces, sanctionnées dans l'ancien droit criminellement sous l'appellation de vol. L'expression *dol* rappelait les cas anciens qualifiés vols, où le mensonge poursuivait la seule spoliation, en se dissimulant sous les apparences d'un contrat ; l'escroquerie par le faux nom était un empiétement sur le terrain du faux ; enfin, fausses entreprises et crédit imaginaire étaient l'ébauche de ce qui deviendra quelques années plus tard la manœuvre nécessaire à la constitution du délit d'escroquerie.

Mais, si nous en croyons le tribun Faure, on profita de cette rédaction, modifiée en frimaire an VIII (1), « pour convertir les procès civils en procès correctionnels », et, par là, procurer à la partie poursuivante la preuve testimoniale et la ressource de la contrainte par corps.

La jurisprudence, en tout cas, se montra rebelle à la confusion des deux domaines du *dol* civil et du *dol* criminel ; elle créa certaines théories restrictives. Elle décida notamment que, même faite dans le but de procurer à son auteur un bénéfice illégitime, « la déclaration mensongère n'étant accompagnée d'aucune circonstance aggravante ne renferme pas les caractères du

(1) Rédaction de frimaire an VIII : « Celui qui par *dol*, ou à l'aide de faux nom pris verbalement. . . »

dol qui pourrait autoriser une action en police correctionnelle » (1).

Bien plus, en l'absence de révélation objective de l'intention délictueuse par une manœuvre quelconque, elle alla chercher le critérium de la distinction du dol civil et criminel chez la victime, et abandonna au droit indemnitaire la répression de la fraude lorsque cette victime aurait raisonnablement dû la déjouer (2).

En réalité, la réforme de 1810 était entrée dans les mœurs avant d'avoir pénétré dans la loi. Et, au point de vue jurisprudentiel, il n'était pas besoin de supprimer du nouveau texte le mot dol « pour ôter, selon l'expression de Faure, tout prétexte de supposer qu'un délit d'escroquerie existe par la seule intention de tromper ».

Le législateur de 1810, en même temps que par la suppression du mot incriminé il faisait taire l'équivoque, et laissait entendre que la poursuite en escroque-

(1) Notamment : Cass., 9 vendémiaire an X, S. 4. 530 ; Cass., 24 brumaire an VIII, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 767.

(2) Cass., 28 mai 1808, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 764 ; Cass., 24 avril 1807, *J. Pal.*, 6.48 ; Cass., 2 août 1811, S. *Coll. nouv.*, t. III, 1.388 dans l'espèce suivante : Une femme avait proposé à un orfèvre de lui vendre des bijoux, et les avait laissés en dépôt ; elle envoie un tiers lui offrir un prix très élevé ; grâce à cette intervention, l'orfèvre les achète au-dessus de leur valeur. La Cour de cassation ne vit pas dans ces faits une escroquerie, « parce que cette manœuvre n'était pas de nature à tromper la prévoyance ordinaire du commun des hommes, et moins encore la prudence et la réflexion qui doit diriger les négociants dans leurs opérations de commerce ». — *Contra* : Cass., 23 mai 1806, *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 798.

rie « ne pouvait avoir lieu sans un concours de circonstances qui excluait toute idée d'une affaire purement civile », voulut également se montrer égal au mal qu'il entendait réprimer ; et c'est pourquoi il n'a pas su obéir, dans la rédaction du texte suivant, qui prévoit le délit d'escroquerie, à deux préceptes recommandés par Montesquieu pour la confection d'une loi : « La concision dans le style, et le seul emploi d'expressions précises, après avoir bien fixé les idées des choses » (1).

« Quiconque, dit l'article 405 du Code pénal, modifié par la loi de 1863, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. »

Ce texte présente incontestablement de graves défauts au point de vue de la forme ; leur conséquence

(1) *Esprit des lois*, Liv. XXIX, chap. xvi.

fut parfois la méconnaissance de la pensée même du législateur. Mais, au point de vue du fond, il encourt chaque jour des critiques qui nous paraissent beaucoup moins fondées.

M. le professeur Garraud, entre autres, a pu écrire « que l'impunité est aujourd'hui la récompense de l'escroc assez ingénieux pour inventer un procédé de tromperie ne rentrant dans aucune des catégories qui ont été limitativement énumérées..... Du reste, ajoute cet auteur, les mailles du filet, entre lesquelles il faudrait passer, sont tellement étroites, dans l'interprétation de la jurisprudence, que la chose serait plutôt difficile » (1).

Cependant, M. Garraud ne nous indique pas ce procédé nouveau de tromperie : il nécessiterait certainement, à notre sens, l'emploi de manœuvres. Au surplus, sans partager de manière absolue les idées de M. le professeur Garçon sur l'inintelligence de l'escroc, qui serait « presque toujours un esprit borné », nous adhérons sans réserve aux paroles suivantes : « Toutes les ruses se réduisent à une dizaine de tromperies. Les escrocs n'inventent rien, et ce n'est pas leur génie qui étonne, mais la profondeur de la crédulité et de la sottise de leurs éternelles dupes. Evidemment le criminel d'aujourd'hui n'ignore ni le chemin de fer, ni le télégraphe, ni la puissance de la publicité ; l'organisation des sociétés commerciales et de crédit a permis à des malfaiteurs sans

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 549.

scrupules de s'emparer du bien d'autrui. Mais, tout compte fait, les armes défensives que la science a mises à la disposition de la répression sont plus puissantes que les armes offensives qu'elle offre au malfaiteur....» (1).

SECTION II. — Analyse de l'article 405.

Il ne faut pas s'y méprendre : si des quatre parties dans lesquelles l'analyse peut décomposer l'article 405, trois semblent avoir pour but et pour résultat d'en restreindre les termes, en réalité, seule celle qui énonce les moyens du délit revêt un caractère limitatif.

§ 1. — Des moyens du délit d'escroquerie.

Théorie générale.

L'article 405 débute ainsi par l'énumération des moyens du délit d'escroquerie : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses... ».

Le caractère limitatif de cette énumération a fait perdre de vue à certains interprètes du Code pénal le but final, visé par le législateur dans ce texte, qui n'est autre que la répression de la spoliation de tout ou partie de la fortune d'autrui : ils ont fait, non pas tant de la manœuvre, que de l'absence de consentement résultant

(1) Garçon, *loc. cit.*

de cette dernière, la marque du délit d'escroquerie ; ils ont opposé les termes de l'article 1116 du Code civil à ceux de l'article 405 du Code pénal.

Or, si l'emploi du mot « manœuvres » dans ces deux textes prêtait à cette confusion, on ne saurait méconnaître que, le dol civil étant par lui-même créateur d'obligations (que l'on se place sur le terrain délictuel ou contractuel), les deux termes logiques de comparaison devaient être les articles 1382 du Code civil et 405 du Code pénal, et leurs rôles respectifs dans la réparation ou la répression de la fraude dans la conclusion des conventions.

M. Planiol a d'ailleurs, en termes excellents, marqué la divergence d'objectifs des articles 1116 du Code civil et 405 du Code pénal. « Quel que soit son procédé, dit cet auteur, l'escroc travaille toujours pour se procurer aux dépens de sa victime un enrichissement gratuit. Son dol a donc un but bien déterminé : se faire remettre une chose qui ne lui est pas due, et dont il ne fournira pas la contre-partie. Or le dol de l'article 1116 est susceptible d'applications beaucoup plus variées. Le contractant qui trompe l'autre ne cherche pas toujours à s'enrichir à ses dépens. S'il cache, par exemple, les défauts d'une chose dont il veut se défaire, il commet un dol, mais non pas une escroquerie, pourvu que la chose soit vendue à son prix vrai.... Ce dol est répréhensible et le droit civil en tient compte, même quand il y a équivalence parfaite entre les prestations qui

s'échangent.... L'escroquerie suppose une lésion » (1).

Tel ne semble pas être l'avis de M. Garçon, qui, portant sur le terrain de la loi pénale la théorie du dol de l'article 1116 du Code civil, prétend par exemple, que, si un prêteur, à l'aide de manœuvre frauduleuses de la part de l'emprunteur, a été amené à consentir un prêt, ou si des agents d'assurances ont obtenu sur une police la signature d'une personne au profit d'une Compagnie autre que celle avec laquelle l'assuré pensait contracter, en l'absence même de préjudice réel, alors que l'auteur des manœuvres, dans ces deux cas, avait eu, dès l'origine, l'intention de fournir une contre-prestation sérieuse, il y a lieu de lui faire néanmoins application de l'article 405 du Code pénal (2).

(1) Planiol, *loc. cit.*, p. 566.

(2) Garçon, *Code pénal annoté*, art. 405, nos 115 et suiv., 343 et suiv. : « Si les contrats d'assurances sont des contrats synallagmatiques sérieux, dit cet auteur, offrant ordinairement aux assurés l'équivalent des sommes par eux versées, ils n'ont ce caractère qu'à la condition d'être l'effet de la volonté libre des parties, auxquelles seules il appartient de mesurer l'équivalent offert, et d'apprécier ce que leur intérêt peut, à cet égard, leur suggérer. » Nous estimons, au contraire, que seule la volonté bien arrêtée de l'auteur des manœuvres de ne pas fournir une contre-prestation sérieuse doit être prise en considération pour la qualification des faits. D'ailleurs, M. Garçon, à l'appui de sa thèse, cite un certain nombre d'arrêts qui nous semblent plutôt en être la condamnation : chacun relève, dans ses considérants, un préjudice réel ou possible aux dépens de la dupe. Voir notamment : Cass., 9 avril 1856, S. 57.1.610 ; Cass., 26 mai 1865, S. 65.1.355.— Dans le même sens que Garçon : Bédaride : *Traité du dol et de la fraude*, t. 1^{er}, p. 13 ; Larombière, *Traité théorique et pratique des obligations*, t. 1, art. 116, p. 82 ; Demogombé, *Traité des contrats en général*, t. XXIV, p. 142 et suiv.

Si la jurisprudence, en général, refuse de voir dans ce texte comme un prolongement sur le terrain du droit pénal de la théorie civile du dol de l'article 1116, il est cependant une pratique jurisprudentielle, approuvée par un certain nombre d'auteurs (1), qui aboutit à qualifier escroquerie la manœuvre viciant le consentement, sans que toutefois « il y ait escroquerie de tout ou partie de la fortune d'autrui ».

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que celui qui emploie des manœuvres frauduleuses pour reprendre possession d'une chose dont il est propriétaire ne saurait encourir l'application des pénalités de l'article 405 du Code pénal (2). Mais la solution, pour cette jurisprudence, et une partie de la doctrine, ne doit plus être la même, lorsqu'il s'agit du recouvrement de droits de créance : la Chambre criminelle étend à l'escroquerie l'application du principe qu'elle a proclamé plusieurs fois en matière de vol (3). Cependant cette

(1) Voir notamment : Dorigny, *Etude de la loi et de la jurisprudence sur le délit constructif d'escroquerie*. Thèse, Paris, 1899, p. 22.

(2) Cass., 26 avril 1811, *Bull. crim.*, 65 ; Cass., 1^{er} octobre 1814, *Bull. crim.*, 35.

(3) En matière d'escroquerie : Cass., 21 août 1866, D. 66.1.456 ; Paris, 24 novembre 1891, *Gaz Trib.*, 29 janvier 1892. En matière de vol : Cass., 12 août 1847, D. 47.4.510 ; Cass., 9 mai 1850, D. 51.5.566. — Voir Garçon, *op. cit.*, n° 113 : « Le créancier se fait remettre la chose d'autrui, parce qu'il n'a sur la chose qu'un *jus ad rem*, et non pas *in re*. Il est possible que le débiteur n'ait payé que ce qu'il devait légitimement, mais toujours est-il que sa volonté n'a pas été libre ; et ce paiement même est nul parce qu'il est vicié par le dol. »

assimilation très contestable, en raison de la différence de rédaction des articles 379 et 405 du Code pénal, ne peut être admise qu'en faisant abstraction totale du but final visé par le législateur dans ce dernier texte : la répression de l'escroquerie de tout ou partie de la fortune d'autrui.

Cette intention d'escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui sous l'apparence fictive d'une convention a été considérée par le législateur de 1810 comme pouvant être révélée par l'emploi d'un certain nombre de moyens : « le faux nom, la fausse qualité, les manœuvres frauduleuses ». Incriminer le préjudice causé par un simple mensonge ou la simulation lui semblait, selon l'expression de Faure (1), « nuire à la sécurité des conventions », et porter sur le terrain de la loi pénale ce qui relevait normalement du droit indemnitaire. En réalité la réforme devait aboutir à abandonner parfois aux sanctions du droit civil la réparation du préjudice résultant de telle ou telle convention fictive, dont la signature serait obtenue à l'aide du seul mensonge, tandis qu'on ferait tomber sous l'application de la loi pénale le dommage pécuniaire résultant de tel marché sérieux, où un des contractants aurait usé de manœuvres pour faire insérer des clauses plus avantageuses que celles que croyait consentir l'autre partie.

Mais, si pour soustraire à l'arbitraire du juge le

(1) Faure, *loc. cit.*

débiteur, même de mauvaise foi, les auteurs du Code se sont résignés à une construction imparfaite, au point de vue rationnel du moins, de la théorie du dol criminel dans la conclusion des conventions, c'est mal interpréter leur pensée que de poser en principe, dans le but de faire valoir leur œuvre, « que le dol criminel ne se manifeste pas seulement par la simulation et la ruse ; qu'il emploie des manœuvres coupables... », et d'ajouter (ce en quoi il ne se distingue en rien du dol civil), « qu'il tend des pièges, cherche à circonvenir, à tromper, qu'il n'a qu'un but, c'est de nuire aux intérêts d'autrui » (1).

Si les rédacteurs du Code pénal ont entendu, en effet, s'écarter le moins possible des principes rationnels, ils ont entendu surtout faire œuvre pratique, et, sans laisser aucune place à l'arbitraire du juge, atteindre néanmoins le plus grand nombre des escrocs. Nous verrons qu'effectivement, dans l'interprétation jurisprudentielle du mot « manœuvres », peu d'entreprises frauduleuses, parmi les plus dangereuses du moins, restent en dehors des prévisions de la loi.

La signification pratique de cette énumération limitative, c'est, selon les termes d'un arrêt tout récent de la Cour suprême, que « la seule énonciation d'un abus de la naïveté et de la crédulité d'un tiers ne suffit pas pour caractériser les manœuvres frauduleuses, constitutives

(1) Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4^e édit., t.V, p.348.

du délit d'escroquerie » (1), ou encore, selon la jurisprudence constante, « qu'un fait extérieur ou un acte matériel, une mise en scène, ou l'intervention de tiers, destinés à donner force et crédit aux allégations mensongères » (2) sont les seules manœuvres prévues par la loi, et que le préjudice causé à l'aide de mensonges — le faux nom et la fausse qualité exceptés —, à l'aide de mensonges écrits et même combinés, selon l'interprétation la plus générale, et, à *fortiori*, au moyen de simulations et de réticences, ne peut donner lieu qu'à des réparations pécuniaires.

« Cette nécessité d'une mise en scène, dit M. Garraud, n'est pas la formule d'une législation empirique, mais l'essence même de l'escroquerie. Elle complète l'élément subjectif du délit, parce qu'elle est le signe d'une plus grande astuce et d'une plus grande habileté du coupable. Elle complète aussi l'élément objectif, parce que les apparences extérieures préparées dans le but de donner crédit au mensonge rendent plus excusable la crédulité de la victime, à qui on ne peut reprocher d'avoir cédé à la simple affirmation du premier venu » (3).

(1) Cass., 13 septembre 1906, *Gaz. Trib.*, 13 novembre 1906.

(2) Cass., 8 février 1900, D. 1900.1.216 (rapp. du Conseiller Boulloche) ; Cass., 10 novembre 1900, D. 1900.1.403 ; Cass., 13 décembre 1900, D. 01.1.343 ; Cass., 10 novembre 1899, D. 1900.1.403 ; Cass., 5 mai 1905, *Rec. Gaz. Trib.*, 1905.1.185 (rapp. du Conseiller Le Grix) ; Nice, 4 février 1899, *La Loi*, 9 mars 1899. — *Contrà* : en ce qui concerne les mensonges combinés : Seine, 29 novembre 1901, *Gaz. Trib.*, 6 décembre 1901.

(3) Garraud, *op. cit.*, p. 652.

Que la formule caractérisant dans l'article 405 les moyens du délit d'escroquerie ne soit pas celle d'une législation empirique, nous le reconnaissons volontiers avec M. Garraud ; mais cet auteur va peut-être trop loin, quand il affirme « qu'elle est l'essence même de l'escroquerie » ; car nous savons déjà que le législateur de 1810 n'avait pas eu cette prétention de croire que sa définition de l'escroquerie permettrait de demeurer sur le seul terrain rationnel du dol criminel (1).

En outre, s'il n'est pas contestable que l'emploi des moyens frauduleux, « faux noms, fausses qualités, manœuvres frauduleuses », complète, en quelque sorte, l'élément subjectif du délit, « parce qu'il est le signe d'une plus grande astuce et d'une plus grande habileté du coupable », l'allusion à l'élément objectif, « rendant plus excusable la crédulité de la victime à qui on ne peut reprocher d'avoir cédé à la simple affirmation du pre-

(1) Nous préférons la justification que M. le Conseiller Ruben de Couder a produite du caractère limitatif des moyens d'escroquerie, en droit français ; il fut, dans cette apologie, l'interprète fidèle de la pensée du législateur : « Un acte, un fait, dit-il, c'est quelque chose qui a, sinon un corps, tout au moins, une certaine manière d'être. L'œil le voit, ou la raison le perçoit, il se montre ou se démontre. Des allégations, des propos tenus en l'air, des exagérations de langage qui sont dans le tempérament des individus, ou dans le caractère de la race, ne sont ni des actes, ni des faits, parce qu'ils ne présentent ni consistance, ni validité ; ils n'impliquent chez leurs auteurs aucun sentiment, aucun dessein bien arrêté d'exploiter la crédulité d'autrui. L'intention reste douteuse, insaisissable ; elle fuit toutes preuves » (S. 85.1.522, en note). — A tort ou à raison, ce fut bien, en effet, la question de preuve du délit qui inspira la rédaction de l'article 405.

mier venu », pourrait étonner de la part du criminaliste qui a écrit que « déclarer que les ruses les plus grossières ne seront pas punissables parce que la sagacité et la prudence ordinaire auraient pu et dû les déjouer, ce serait précisément ne pas vouloir protéger ceux qui ont le plus besoin de protection, les esprits faibles et bornés, que les escrocs ont surtout pris comme victimes » (1).

Mais l'on sait que cette critique de M. Garraud vise exclusivement ceux qui, même alors que l'illusion créée chez la dupe par des manœuvres frauduleuses a provoqué une remise de fonds, voudraient encore distinguer, selon les termes d'un arrêt précédemment cité, « si ces manœuvres étaient de nature à tromper la prévoyance ordinaire du commun des hommes » (2). Lorsqu'il s'agit de la tromperie par emploi du faux nom ou de la fausse qualité, le même auteur se rallie à cette théorie de MM. Chauveau et Hélie, « que les faits frauduleux, simples par eux-mêmes, et faciles à déjouer, ne présentent pas un véritable danger », et qu'il faut réserver l'application de l'article 405 du Code pénal « à ceux qui, plus compliqués, mieux ourdis, alarment la sécu-

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 652.

(2) Voir notamment en ce sens : Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel*, t. II, p. 437 : « Ce n'est que les fraudes dont il est impossible de se garantir par une attention et une expérience ordinaires, dit cet auteur, que le Code pénal a eues en vue ; la loi pénale ne doit pas être, en effet, le tuteur habituel des citoyens. » David, *op. cit.* ; Landry, *De l'escroquerie*, Thèse Poitiers, 1901.

rité des citoyens, parce qu'ils peuvent à chaque moment surprendre leur prudence » (1). M. Garraud estime alors, lui aussi, « que lorsque la victime, qui a consenti à remettre les fonds, peut s'en prendre à elle-même du préjudice qui lui a été causé, parce qu'elle était en mesure de démasquer l'inculpé et de connaître facilement, soit son véritable nom, soit sa qualité réelle, il n'y a pas escroquerie. La loi, dit-il, ne peut protéger que les personnes qui se protègent elles-mêmes » (2).

En réalité, cette distinction entre les illusions créées à l'aide de manœuvres frauduleuses, et la tromperie au moyen de faux nom et de fausse qualité n'est nullement dans l'esprit de la loi ; elle ne nous semble pas plus admissible que la théorie générale, dont elle découle, qui va chercher chez la dupe le critérium de la distinction du dol civil et du dol criminel.

Une jurisprudence constante n'a cessé d'affirmer avec raison que, pour motiver l'application de l'article 405 du Code pénal, il devait y avoir entre l'emploi du faux nom et de la fausse qualité ou des manœuvres, et la remise des fonds un rapport de cause à effet (3). Mais ses exigences doivent s'arrêter là, et, elle doit déclarer « la manœuvre frauduleuse punissable, aussitôt qu'elle trompe celui auquel elle s'adresse » (4).

(1) Chauveau et Hélie, *op. cit.*, p. 348 et suiv.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 554.

(3) Voir sur ce point : Dorigny, *op. cit.*, et nombreux arrêts cités par cet auteur, notamment : Bordeaux, 9 mai 1838, Dalloz, *Rép.*, V^o Vol et escrog., n^o 756, § 11 ; Cass., 15 mai 1886, D. 87.1.139.

(4) Blanche, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. VI, p. 227. —

Tel est d'ailleurs aujourd'hui le sens général de cette jurisprudence. Si, avant la réforme de 1810, sous l'empire du texte vague de 1791, alors qu'elle luttait contre les empiétements de la loi pénale sur le domaine du droit civil, elle avait créé, dans ses tâtonnements vers une distinction plus nette du dol civil et du dol criminel, la théorie arbitraire que nous venons d'exposer, celle-ci logiquement ne devait pas survivre à la qualification nouvelle de l'article 405, et, en fait, elle ne lui a guère survécu. « Vers 1820, dit un auteur, la jurisprudence changea, mais elle ne fit que s'atténuer et déclara qu'il suffit que les manœuvres aient trompé la sagacité et la prudence de celui auquel elles s'adressaient pour qu'elles puissent motiver l'application de l'article 405 du Code pénal » (1).

Si la réforme jurisprudentielle s'était arrêtée à cette atténuation, il faut avouer qu'elle aurait été tout entière dans les mots ; car, bien qu'un arrêt de 1807 (2) affirme dans ses considérants que l'objet de la répression des faits qualifiés escroquerie par la loi de 1791 est uniquement « l'abus de crédulité avec circonstances aggravantes ourdies avec un art propre à tromper même de bons esprits », et qu'un arrêt précité

En ce sens également : Dorigny, *op. cit.*, p. 321 et suiv. Sur la signification du mot « frauduleux » : Cass., 13 fructidor an XIII, S. *Coll. nouv.*, t. II, 1.158.

(1) Dorigny, *op. cit.*, p. 231 et suiv.

(2) Cass., 24 avril 1807, *Journ. Pal.*, 6.48. — Dans le même sens : 23 avril 1807, *Journ. Pal.*, 6.46.

de 1811 parle « de prudence ordinaire du commun des hommes », nous ne sachions pas que, même sous l'empire de la loi de 1791, les tribunaux aient jamais refusé d'appliquer les pénalités établies contre l'escroquerie, en raison de la grossièreté des manœuvres, lorsqu'il s'agissait de victimes ignorantes ou faibles d'esprit, c'est-à-dire de ceux qui avaient le plus besoin de la protection légale (1).

La jurisprudence s'était simplement bornée, au début, à refuser d'appliquer les peines de l'escroquerie, lorsqu'il y avait eu, à son sens, imprudence de la dupe, vu qu'elle estimait que la manœuvre ou le mensonge en cas d'usage de faux nom ou de fausse qualité pouvait être facilement déjoué. Mais, si depuis un siècle on peut encore citer quelques arrêts qui attesteraient la survivance de cette pratique, ce ne sont que des arrêts d'espèces (2), car l'esprit de la jurisprudence s'est développé dans un sens absolument contraire.

(1) Nous pourrions citer, au contraire, un arrêt de Cassation du 23 mai 1806, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escrog.*, n^o 798, qui appliqua, malgré la grossièreté du mensonge, les pénalités de l'article 405, dans un cas où il y avait même absence manifeste de manœuvres : il s'agissait d'un individu qui avait obtenu de personnes simples que des sommes lui fussent remises, pour dire des messes pour le repos des morts, en persuadant que ceux-ci se vengeraient de leur refus en leur envoyant des maladies. — Voir également, antérieurement à 1820 : Cass., 28 mars 1812, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escroquerie*, n^o 793.

(2) Notamment : Orléans, 9 février 1886, *Rec. Gaz. Pal.*, 1.490. — *Contrà* : Nancy, 5 février 1840, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escrog.*, n^o 663.

Non seulement, en effet, les manœuvres les plus grossières sont estimées suffisantes, lorsqu'elles ont provoqué la remise de fonds, pour motiver l'application de l'article 405 ; mais, lorsque les victimes sont particulièrement intéressantes en raison de leur naïveté ou de leur ignorance, la jurisprudence, cherchant encore le critérium de la distinction du dol civil et criminel chez la dupe, et cette fois dans le but de protéger plus complètement les victimes, applique l'article 405, en l'absence même de manœuvres caractérisées, sans qu'en droit strict on puisse l'approuver (1).

Nous la voyons également considérer parfois, alors même que la victime est une personne expérimentée, la précision dans le mensonge comme une manœuvre : elle fit application, notamment, de cette théorie dans la matière des effets de complaisance (2). Au point de vue strictement légal, on en peut critiquer le bien fondé. On ne peut, en tout cas, lui faire le reproche de faire dépendre la répression pénale de la plus ou moins

(1) Voir notamment : Grenoble, 2 mai 1829, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 729 ; Bordeaux, 15 mai 1879, S. 80.2.11 ; Cass., 30 avril 1872, D. 72.1.288 ; Cass., 5 octobre 1871, D. 72.1.382 ; Cass., 19 décembre 1873, D. 74.5.233 ; Cass., 3 juillet 1874, D. 75.1.44 ; Cass., 21 mars 1857, D. 57.1.233 ; Cass., 8 juillet 1865, D. 66.1.139 ; Nancy, 7 juillet 1856, D. 56.2.137 ; Toulouse, 30 octobre 1902, S. 04.2.180 ; Cass., 30 août 1868, S. 72.5.212 ; Cass., 20 août 1852, D. 52.5.245 ; Cass., 23 avril 1896, S. 97.1.119 ; Orléans, 1^{er} juillet 1851, D. 52.2.32.

(2) Trib. Seine, 16 juin 1896, *J. des Parquets*, 96.2.213 ; Cass., 4 novembre 1897, D. 98.1.327 ; Seine, 29 novembre 1901, *Gaz. Trib.*, 6 décembre 1901.

grande intelligence ou du plus ou moins grand sang-froid des victimes. Ceci était d'ailleurs également illégal ; car « la sagacité propre à faire éviter les pièges d'un escroc ne peut être un élément du délit, pas plus que la simplicité de celui qui en souffre n'en peut faire changer la nature : dès qu'il y a surprise de bonne foi à l'aide des moyens prévus par la loi, cette bonne foi, fût-elle niaise, il y a escroquerie » (1).

§ 2. — Théorie du faux nom et de la fausse qualité.

L'usage du faux nom et de la fausse qualité constituait dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence (2) le crime de faux, qu'ils eussent été pris verbalement ou par écrit.

Le législateur de 1791, en même temps qu'il ébauchait le futur article 423 concernant la tromperie sur la nature de la marchandise, détachait encore de la catégorie des faux, pour le rattacher à l'escroquerie, l'usage du faux nom. Mais la rédaction suivante de l'article 35 :

Ceux qui par dol, ou à l'aide de faux noms..... », pa-

(1) Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes, les usages et les lois des différents peuples du monde*, t. II, p. 103.

(2) Papinien : « Falsi nominis vel cognominis adseveratio pœna falsi coercetur », *Lex Cornelia de falsis*, Dig., liv. 47, titre X, 19 ; Jousse, *op. cit.*, t. II, p. 364 : « Celui qui prend le nom d'une autre personne, et qui se dit faussement être celui dont il prend le nom est punissable de la peine du faux..... Ceux qui prennent une qualité qu'ils n'ont pas pour tromper les autres sont aussi coupables du crime de faux » ; Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 613 et suiv.

rut obscure. On voulut alors délimiter plus clairement les domaines respectifs de l'escroquerie et du faux criminel (1).

Ce fut là l'origine de la modification suivante, apportée au texte par la loi de frimaire an VIII : « Ceux qui par dol, ou à l'aide de faux noms pris verbalement, et sans signature..... ». Telle fut également la rédaction primitive de l'article 405, qui visait déjà l'usage de la fausse qualité ; mais, après une vive discussion au Conseil d'Etat, elle fut repoussée, en faveur du texte définitif, d'une application plus générale. « Si, pour se procurer un crédit abusif, avait objecté Berlier, un homme se dit négociant, ou propriétaire de la terre qu'il désignera, sans qu'il soit ni l'un ni l'autre, cette énonciation même écrite ne constitue pas précisément un faux ; c'est une escroquerie. Elle doit être néanmoins punie, elle ne le serait pas, si la disposition qu'on discute se réduisait à une fausse qualification verbale, et sans signature » (2).

I

La théorie du faux nom ne soulève pas de grandes difficultés ; l'emploi en doit être déterminant de la remise de fonds. Il est admis, d'autre part, que le fait de

(1) Voir Hiérard, *De la distinction du faux en écritures et de l'escroquerie*. Thèse Poitiers, 1901.

(2) Berlier, cité par Morin, *Répertoire du droit criminel*, t. II, p. 30 et suiv.

se présenter sous son vrai nom, alors qu'on est connu sous un autre, dans le but même d'obtenir frauduleusement la remise de valeurs, ou d'user, à cette fin, de son prénom, en faisant abstraction de son nom de famille, ne saurait rentrer dans les prévisions de l'article 405 (1).

La solution du problème du faux nom, constitutif d'escroquerie ou constitutif de faux, semblerait, *a priori*, plus délicate ; mais il ne nous appartient pas de la discuter ici. Réserve faite de l'application par la jurisprudence des pénalités du faux au fabricant d'une lettre missive signée d'un nom imaginaire (2), doctrine et jurisprudence sont aujourd'hui d'accord pour reconnaître, selon l'opinion de Chauveau et Hélie, que « l'usage du faux nom par écrit constitue le crime de faux lorsque l'acte dans lequel il est pris peut produire une obligation quelconque, et causer ainsi préjudice à autrui, ou lorsque cet acte est destiné à constater les faits qui s'y trouvent consignés » (3).

II

A) « La fausse qualité s'entend indistinctement de toute qualité prise dans le but de tromper des tiers et

(1) Cass., 14 août 1853, S. 54.1.157 ; Blanche, *op. cit.*, n° 162 ; Garraud, *op. cit.*, p. 558.

(2) Cass., 13 juin 1846, D. 46.1.429.

(3) Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. III, n° 649 ; Hiérard, *op. cit.*, p. 117 et suiv.

de leur inspirer une confiance qu'ils n'accordent qu'en raison de cette qualité », dit un arrêt du 13 décembre 1860 de la Cour de cassation de Belgique (1). Mais cette définition très vague ne nous éclaire pas, somme toute, sur le sens du mot qualité dans l'article 405. Les auteurs cessent ici de s'accorder. Pour les uns, elle résulterait « de la nationalité, de l'état civil, de la profession, de la famille, et des rapports juridiques avec des tiers » (2). C'est l'interprétation extensive du mot. Pour les autres, la qualité d'une personne résulte de son état civil, des titres honorifiques, de sa profession, et la fausse qualité consiste à s'attribuer un faux état, des faux titres, une fausse profession. Mais ces derniers auteurs ne pensent pas « qu'on puisse considérer ici comme une qualité les rapports juridiques d'une personne avec les tiers et sa capacité juridique » (3).

Cette opinion peut invoquer en sa faveur la tradition, sauf en ce qui concerne la fausse capacité juridique. Dans l'ancien droit français l'usage frauduleux du faux nom et de la fausse qualité était considéré comme une des catégories du faux, et par fausse qualité on entendait uniquement les suppositions de personnes, c'est-à-dire les parentés frauduleusement simulées, ou les suppositions de titres ou de professions (4). « Celui qui re-

(1) Cass. Belgique, 13 décembre 1860, D.60.5.156.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 553, en note ; Blanche, *op. cit.*, p. 170 et suiv. ; Dorigny, *op. cit.*, p. 20 et suiv.

(3) Garçon, *op. cit.*, art. 405, p. 1296.

(4) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 613 et suiv.

cevait la dette d'une autre personne et de la part du créancier, se disant avoir procuration de lui », commettait un vol simple (1).

Les partisans de la première thèse peuvent faire observer que tel incident des travaux préparatoires, lors de la discussion de l'article 405 au Conseil d'Etat, semblerait établir que le législateur de 1810 a entendu étendre aux rapports juridiques accidentels d'une personne avec les tiers la prise de fausse qualité : « Un homme, pour se procurer un crédit abusif, avait dit un orateur, se dira négociant ou *propriétaire de la terre qu'il désignera...* » (2).

La jurisprudence semble se rallier, théoriquement du moins, à cette opinion, puisque, sans s'être jamais démentie, elle a toujours décidé que l'usage de la fausse qualité de mandataire constitue un moyen d'escroquerie (3). Cependant, en pratique, l'exception absorbe, par son importance, la règle adoptée, car la prise de fausse qualité de créancier ou de propriétaire est regardée par les arrêts comme une simple allégation mensongère (4).

(1) Jousse, *op. cit.*, t. IV, p. 176.

(2) Berlier, *loc. cit.*

(3) Cass., 12 juillet 1866, D. 67.1.44 ; Rennes, 8 décembre 1881, D. 82.2.152.

(4) Cf., pour la qualité de propriétaire : Cass., 5 décembre 1862, D. 63.1.140 ; 12 février 1863, D. 63.1.109 ; 4 février 1898, D. 99.1.584. — En sens contraire : Douai, 3 décembre 1862 et 12 février 1863, D. 63.2.268 ; Besançon, 3 avril 1879, S. 79.2.295 ; Seine, 3 février 1903, *Pand.*, 1904.2.209.

Nous ne nous étonnons pas de voir soutenir que l'affirmation mensongère d'un rapport juridique inexistant ne saurait constituer la prise de fausse qualité, prévue par l'article 405 : cette conception, encore une fois, nous paraît avoir pour elle la tradition. Mais il ne semble pas logique de prétendre, avec M. Garraud et la jurisprudence, que si l'usage de la fausse qualité de mandataire est un moyen d'escroquerie, il n'en est plus de même de l'affirmation de la fausse qualité de propriétaire ou de créancier : on aboutit ainsi à cet étrange résultat, dénoncé par un auteur, que « le prévenu qui viendrait réclamer l'objet trouvé au nom du propriétaire vrai ou imaginaire tomberait sous le coup de la loi, tandis que celui qui le revendiquerait en son propre nom serait à l'abri de toute peine » (1).

La volonté du législateur de 1810 était de considérer comme moyen constitutif d'escroquerie tout fait révélant clairement l'intention d'escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui. Est-ce, dès lors, interpréter fidèlement sa pensée, que de donner un sens restrictif au mot qualité, que l'usage définit tout titre rendant habile à l'exercice d'un droit, en distinguant entre certaines manières d'être permanentes et des rapports juridiques accidentels, alors que la simulation d'un de ces derniers a précisément pour objet, en permettant de faire valoir un droit, de dépouiller autrui d'une partie

(1) Conseiller Hibon, *Journal du ministère public*, année 1872, p. 72.

de ses biens ? Y a-t-il quelque bonne raison, alors que l'intention frauduleuse est évidente dans l'un et l'autre cas, de faire tomber sous l'application de la loi pénale l'ouvrier qui, pour amener la conviction de sa non-guérison chez la personne chargée de lui payer une indemnité temporaire, due en vertu de la loi du 9 avril 1898, se présente avec le doigt enveloppé d'un pansement, bien qu'ayant, depuis plusieurs jours, repris son travail dans une autre usine, après complète guérison (1) ; tandis qu'on abandonne aux sanctions du droit indemnitaire le fait d'un débiteur qui fait entrer dans un compte représenté aux héritiers de son créancier une créance éteinte, dont le titre est resté en sa possession ? Qu'on ne dise pas que c'est la loi qui permet de telles anomalies, alors qu'interprétée dans son véritable esprit, elle commandait une solution contraire (2).

(1) Douai, 24 octobre 1900, D. 01.2.64.

(2) Cass., 26 février 1806, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 750 ; Cass., 27 novembre 1812, *id.*, n^o 750, § 8 ; Metz, 26 mars 1821, *id.*, n^o 750 ; Cass., 15 juillet 1869, D. 70.1.237 ; Cass., 20 novembre 1862, D. 63.1.109 (espèce rapportée au texte). On eût pu, d'ailleurs, dans cette dernière espèce, considérer comme une manœuvre la présentation du titre de créance, qui, logiquement, eût dû être en la possession du débiteur libéré, et qui, s'il faisait corps, en quelque sorte, avec la créance, n'en pouvait pas moins être considéré comme l'acte extérieur qui donne force au mensonge. La Cour de cassation en a d'ailleurs ainsi décidé dans une espèce analogue : un individu, auquel une traite tirée au profit d'un homonyme avait été adressée par erreur, avait fait escompter cette traite chez un banquier, en se disant mensongèrement créancier du tireur. La Cour estima qu'il y avait escroquerie (Cass., 8 mars 1869, D. 69.1.255). — Voir également, dans

Nous estimons cependant avec la jurisprudence que la simple présentation, même dolosive, par un marchand ou un commis, d'une facture exagérée, si elle ne renferme pas la manœuvre frauduleuse exigée par l'article 405, ne saurait être incriminée pour prise de fausse qualité. Nous ne croyons pas nous contredire en exprimant cette opinion, attendu qu'il s'agit ici d'un compte à débattre ; nous sommes donc sur le terrain proprement dit de la convention, dont il appartient à la loi civile d'assurer le respect (1).

B) Tromper sur sa propre capacité juridique, est-ce prendre une fausse qualité, au sens de l'article 405 du Code pénal ? Les auteurs ne s'accordent pas sur la question de principe ; mais, dans la pratique, les conceptions diverses aboutissent, en somme, aux mêmes conséquences, au refus d'application de l'article 405 du Code pénal.

Il ne semble pas contestable que la qualité d'une personne résulte, avant tout, de son état civil. Cependant M. Garçon, dont tel est l'avis, prétend que la fausse capacité juridique ne saurait constituer une prise de fausse qualité, au sens de l'article 405 (2). M. Garraud, d'autre part, prétend « que la déclaration

notre sens : Cass., 1^{er} février 1889, *Bull. crim.*, n^o 44. Cet arrêt reconnut coupable d'escroquerie un individu qui s'était présenté aux guichets d'une société de crédit pour toucher des coupons qu'il savait frappés d'opposition.

(1) Cass., 11 juillet 1861, D. 61.1.454 ; Cass., 1882, S. 82.1.119.

(2) Garçon, *op. cit.*, p. 1296.

de capacité n'est qu'un mensonge qu'il est facile de vérifier : la personne qui contracte avec l'incapable, s'arrêtant à une simple affirmation de capacité, est évidemment imprudente, et ne peut s'en prendre qu'à elle-même du préjudice qu'elle a subi. Il faut admettre par conséquent que l'individu, en se donnant une capacité civile qu'il n'a pas pour tromper les tiers, et escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui, ne peut, à raison de ce simple mensonge, être poursuivi en vertu de l'article 405 » (1).

A l'appui de sa thèse, cet auteur cite un arrêt de Cassation du 21 mars 1807, dont les considérants résument en partie, il est vrai, la théorie aujourd'hui condamnée de l'imprudence chez la dupe, mais exposent aussi les arguments suivants, qui ont fixé définitivement la jurisprudence dans le sens du refus d'application de l'article 405, et rallié la majorité de la doctrine : « Admettre dans de pareilles circonstances la poursuite en escroquerie, dit l'arrêt précité, ce serait anéantir l'effet des lois civiles relatives à la capacité des personnes pour contracter valablement des obligations » (2).

Il faut donc faire intervenir ici les deux articles 1307 et 1310 du Code civil ; les bornes de leurs champs respectifs d'application déterminent également le domaine d'étendue de l'article 405 en cas de fraude portant sur la capacité civile (3).

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 555.

(2) Cass., 21 mars 1807, *S. coll. nouv.*, t. II, 1.363.

(3) En ce sens : Blanche, *op. cit.*, t. VI, p. 172 ; Dorigny, *op. cit.*,

Mais, le principe admis, il faut s'entendre sur l'étendue des conséquences que son admission implique. Il est notamment telle incapacité dont les effets déterminés limitativement peuvent être ignorés d'une personne plus ou moins ignorante de la loi : l'affirmation mensongère d'une qualité rendue impossible en raison de cette incapacité doit-elle motiver ou non l'application de l'article 405 ?

La question se posa récemment, en ces termes, devant la jurisprudence : un individu, pourvu d'un conseil judiciaire, avait obtenu un prêt ; il n'avait pas dissimulé son incapacité civile, mais il avait affirmé qu'il était l'associé de son frère banquier, qu'il recevait de lui une mensualité de 15.000 francs, et il avait consenti, pour garantie de son emprunt, un transfert de mensualité. La Cour de Paris décida que ces faits n'étaient pas constitutifs du délit d'escroquerie. Cependant, à moins d'admettre la théorie de M. Garraud, cette interprétation n'est nullement commandée par le respect des principes. Nous ne sommes plus ici sur le terrain d'application de l'article 1307 du Code civil, mais bien de l'article 1310 : la prise de la fausse qualité de commer-

p. 22 et 23. — Conformément à un arrêt de Cassation du 8 août 1867, D. 68.1.41, il ne nous semble pas contestable que la prise de fausse qualité de femme légitime, impliquant l'usage d'un faux nom, doive motiver l'application de l'article 405. — Voir également : Cass., 8 juin 1860, D. 60.5.158, qui décide, à juste titre, que la femme mariée qui contracte sous son nom de jeune fille, en laissant ignorer sa qualité, ne commet aucune escroquerie.

çant doit être, en l'espèce, assimilée à l'emploi de manœuvres (1).

**§ 3. — De la manœuvre par intervention de tiers
et par abus de qualité.**

Nous avons défini le sens juridique du mot « manœuvres » dans l'article 405. Il en est deux espèces qui appellent un certain nombre d'explications : l'intervention du tiers et l'abus de qualité vraie.

I

L'intervention du tiers est la manœuvre-type, si l'on entend par ce mot le fait extérieur et matériel qui corrobore le mensonge ; mais encore faut-il déterminer jusqu'à quel point cette intervention rentre dans les prévisions de l'article 405. A ce point de vue, les considérants d'un arrêt de la Cour suprême nous fournissent un critérium très sûr : « La personne étrangère, y est-il dit, dont le concours peut constituer la manœuvre frauduleuse doit être un tiers, c'est-à-dire non un employé salarié représentant seulement la maison, sans caractère propre à inspirer spécialement confiance, et se confondant dans la personnalité du patron au nom duquel il signe, mais un homme dans une situation indépendante en apparence, chargé même d'une sorte de

(1) Paris, 9 mars 1905, *Journ. des Parquets*, 1905.2.17.

contrôle, et pouvant par son intervention donner un crédit particulier aux allégations mensongères de l'auteur principal » (1).

L'arrêt ne mentionne que l'intervention de salariés. Le même raisonnement s'impose, en ce qui concerne l'intervention de proches parents ; la jurisprudence en a cependant décidé parfois autrement (2).

De ce que des personnes placées dans la dépendance étroite d'une autre ne peuvent jouer, au point de vue de la qualification d'escroquerie, le rôle de tiers vis-à-vis d'étrangers, il n'en faut pas conclure que ces parents ou salariés ne puissent parfois le remplir, lorsque la victime est précisément le parent ou le patron. La jurisprudence a toujours admis, dans ce cas, la qualification d'escroquerie ; nous ajouterons même que jamais la manœuvre n'est si bien caractérisée que lorsque la fraude est perpétrée avec le concours d'un de ceux en qui la victime devait tout naturellement placer sa confiance (3).

Au reste, cette intervention de tiers peut se manifester sous une forme quelconque, aussi bien sous celle d'un certificat médical que sous celle de l'acceptation d'une lettre de change ou de la signature d'un billet à

(1) Cass., 9 avril 1875, D. 76.1.44 (Rapport du Conseiller Lascoux). — Dans le même sens : Lyon, 15 mars 1905, *Gaz. Trib.*, 10 avril 1905 ; Nice, 4 février 1899, *La Loi*, 9 mars 1899.

(2) Notamment : Cass., 10 septembre 1880, D. 81.1.44.

(3) Cass., 20 avril 1866, D. 66.1.44 ; Cass., 29 février 1868, D. 68.1.444 ; Limoges, 23 avril 1885, D. 85.2.156.

ordre (1). Elle peut être imaginaire ou réelle (2). Elle peut emprunter la voie de la lettre missive ou de la presse : lorsque par ce dernier procédé, propre aux escrocs de la finance et aux charlatans, elle se répand à mille exemplaires, encore faut-il distinguer entre la feuille indépendante ou du moins d'apparence indépendante, et le journal dont les attaches évidentes avec l'entreprise véreuse rendent les assertions suspectes (3).

II

A) La théorie de l'abus de qualité vraie est une création intelligente et originale de la jurisprudence, approuvée en général par la doctrine (4), mais dont la portée est, en somme, très restreinte. Elle apparaît comme une variante de la combinaison de mensonges, qui fut parfois considérée par la jurisprudence comme une manœuvre frauduleuse, lorsque les allégations mensongères étaient si adroitement mêlées à l'exposé des faits véridiques, que ces derniers donnaient, en quelque sorte, vie aux premières.

Cette théorie se trouve résumée, dans les termes sui-

(1) Cass., 40 décembre 1894, D. 92.1.253 ; Cass., 18 juillet 1845, S. 45.1.345 ; Cass., 30 juin 1846, D. 46.1.270.

(2) Cass., 9 novembre 1901, D. 02.1.235 ; Cass., 21 novembre 1902, D. 04.1.383 ; Cass., 11 novembre 1880, D. 81.1.45.

(3) Cass., 6 février 1885, S. 85.1.232 ; Paris, 18 mars 1887, D. 87.2.129.

(4) En ce sens : Garraud, *op. cit.*, p. 565 ; Dorigny, *op. cit.*, p. 76 à 82 et arrêts cités par cet auteur.

vants, dans un arrêt de la Cour suprême : « Attendu, disent les considérants, que, si des allégations mensongères, pas plus que l'usage d'une qualité vraie, ne peuvent, par eux-mêmes, constituer des manœuvres dans le sens de l'article 405, il peut en être autrement, lorsque l'abus fait de cette qualité vraie est de nature à imprimer aux allégations mensongères une gravité et une apparence de réalité propres à commander la confiance, et à égarer la volonté de la personne trompée » (1). Dans l'espèce, il s'agissait d'un ecclésiastique qui, pour se faire remettre des sommes d'argent par des parents, envers lesquels il s'était engagé à guérir leur enfant infirme, avait abusé de son influence sacerdotale, en encourageant leur croyance aux sortilèges. L'application du principe exposé était d'ailleurs absolument platonique, car d'autres manœuvres motivaient l'application de l'article 405.

Mais on peut citer également des cas où, en l'absence d'autres manœuvres, l'abus de qualité vraie se mêlant aux allégations mensongères légiti^ma une condamnation; ils se présentèrent notamment dans la matière des fraudes relatives au recrutement militaire. A plusieurs reprises, la Cour suprême déclara coupables d'escroquerie des médecins ou des maires qui avaient accepté des sommes d'argent en échange de la promesse chimérique d'exemption de service militaire, parce que cette

(1) Cass., 19 janvier 1901, D. 01.1.343.

promesse émanait de personnes dont le caractère public ou la profession étaient de nature à faire croire à leur crédit (1).

Dans l'hypothèse indiquée, la qualité invoquée, dont l'usage frauduleux avait provoqué la remise des fonds, devait être assez efficace, du moins aux yeux de la dupe, pour la réalisation du désir de cette dernière. Mais la même décision ne s'imposait pas, à notre sens, dans l'espèce suivante, où la Cour suprême maintint néanmoins sa doctrine. Lors de la reconstitution des vignobles détruits par le phylloxera, un maire, pour bénéficier de l'exemption de l'impôt, alléguait faussement devant une commission de répartiteurs, dont il était président, qu'il avait planté en vignes des parcelles de terrain. La Cour de Montpellier avait refusé de voir dans ces faits une manœuvre constitutive du délit d'escroquerie : la Cour de cassation cassa sa décision (2).

Dans cette dernière espèce, la qualité du déclarant ne dispensait nullement, à notre sens, la commission de se munir des renseignements d'usage, avant de prendre une décision. Ce fut sa confiance dans l'individu, beaucoup plus que la qualité de maire, qui facilita la fraude.

En tout cas, la jurisprudence s'est manifestement trompée, quand, à diverses reprises, elle a décidé qu'il y avait escroquerie par abus de qualité, lorsque des allé-

(1) Cass., 4 avril 1839, D. *Rép.*, V^o Vol et escrog., n^o 814, § 4 ; Cass., 9 mai 1851, D. 51.5.232.

(2) Cass., 7 août 1890, D. 91.1.139.

gations mensongères, dans l'exécution d'un mandat, provoquent une décharge ou une remise de fonds de la part du mandant : la confiance du mandant dans son mandataire ne saurait changer la nature des mensonges de ce dernier ni les faire considérer comme des manœuvres, notamment que le mandataire soit officier ministériel ou commis-voyageur (1).

B) La Cour de cassation, par un arrêt rendu, toutes Chambres réunies, dans une affaire Rose, a confirmé un arrêt de la Cour de Vesoul, et, modifiant entièrement sa jurisprudence antérieure, décidé que tout fonctionnaire public « qui a reçu une somme d'argent pour s'abstenir de faire un acte qu'il a faussement et sciemment fait supposer rentrer dans l'ordre de ses devoirs, ne doit pas être rangé dans la catégorie des fonctionnaires ou agents qui se laissent corrompre, que ce fait ne constitue pas le crime prévu par l'article 177, § 2 du Code pénal, mais le délit d'escroquerie » (2).

Cette dernière jurisprudence est définitive et irréprochable : l'article 177, § 2 ne prévoit en effet que les agissements du fonctionnaire « qui se sera abstenu de

(1) Cass., 22 février 1877, D. 78.1.47 ; Cass., 10 février 1853, D. *Rép.*, V^o *Vol et escrog.*, n^o 753 ; Cass., 17 novembre 1866, D. 68.1.142.

(2) Cass., Ch. réunies, 21 mars 1827, S. 27.1.397 ; Cass., 19 juin 1846, D. 46.4.268 et arrêts cités par Dorigny, *op. cit.*, p. 149 et suiv. — Voir également D. *Rép.*, V^o *Forfaiture*, n^o 120. La théorie exposée au texte reçoit son application dans le cas où il s'agit d'une remise de fonds à un fonctionnaire, non plus pour s'abstenir, mais pour faire un acte en dehors de ses attributions. L'article 177, § 1 ne saurait davantage s'appliquer à cette hypothèse.

faire un acte qui rentrait dans l'ordre de ses devoirs », c'est-à-dire le trafic de la fonction. Or, en l'espèce, l'inculpé avait trafiqué d'une fonction qui n'était pas la sienne. S'il connaissait son incompetence, la fraude présentait, au contraire, les caractères du délit d'escroquerie, constitué non pas, à notre avis, par la prise d'une fausse qualité, mais par l'usage abusif d'une qualité vraie, puisqu'il avait obtenu la remise des fonds en se targuant d'un pouvoir imaginaire, que sa qualité de fonctionnaire public, mise en avant, rendait vraisemblable.

Il n'y aurait ni crime ni délit si le fonctionnaire était de bonne foi, et s'il avait cru, lors de la prise d'engagement par le tiers ou la remise des fonds, que l'acte dont il devait s'abstenir relevait de sa compétence.

§ 4. — De l'erreur constitutive d'escroquerie.

Aux termes de l'article 405, les manœuvres frauduleuses ne constituent le délit d'escroquerie que lorsqu'elles ont été employées « pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique ».

Par cette longue et fastidieuse énumération, le législateur, après avoir limité les moyens constitutifs d'escroquerie, a-t-il entendu spécialiser la nature des

illusions déçues pouvant motiver l'application de l'article 405 ? Telle est l'interprétation la plus généralement admise, celle notamment de la jurisprudence, qui a toutefois restreint l'application de cette disposition, depuis un arrêt de principe du 5 mai 1820, aux cas où la manœuvre serait l'instrument de l'escroquerie, l'emploi du faux nom et de la fausse qualité, dans le but de provoquer la remise de fonds, suffisant à caractériser le délit (1).

La doctrine admet, en général, la solution jurisprudentielle du problème. « En déterminant dans quel but les manœuvres frauduleuses doivent avoir été employées, dit notamment M. Garraud, en spécifiant les moyens dont l'usage constitue l'escroquerie, l'article 405 a prétendu bien certainement faire une énumération limitative des agissements dolosifs punissables » (2). Cependant cet auteur objecte « que ce qui caractérise la jurisprudence française dans l'ensemble de ses développements, c'est à la fois le respect théorique du système législatif, et sa violation pratique » (3).

(1) Cass., 5 mai 1820, *S. Coll. nouv.*, t. VI, 1.229 ; 28 mars 1839, *S.*40.1.816 ; 14 mars 1878, *S.*79.1.94 ; Cass., 21 novembre 1897, *D.* 98.1.256. — Voir également arrêts cités par Garraud, *op. cit.*, p. 553.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 569 et suiv. — Dans le même sens : Blanche, *op. cit.*, t. VI, p. 497, en note ; Morin, *Rép. droit criminel*. — *Contra* : Dorigny, *op. cit.*, p. 424 et suiv.

(3) Voir cependant : Cass., 7 mars 1847, *D. Rép.*, V^o Vol et escrog., n^o 758 ; Cass., 21 février 1854, *D.*51.1.216, où, par interprétation extensive, une fausse application du principe exposé au texte fut faite.

A l'appui de cette affirmation, M. Garraud cite les trois espèces suivantes, dans lesquelles la jurisprudence aurait « forcé le sens des expressions de l'article 405, pour y faire rentrer des manœuvres frauduleuses qui seraient restées impunies sans l'interprétation extensive qu'elle en donne... Un capitaine, maître ou patron fait charger sur son navire des objets sans valeur, au lieu de marchandises, dans l'intention de les faire périr, afin de soustraire le prix d'assurance aux assureurs (1). Un vendeur de journaux annonce et distribue à prix d'argent, sur la voie publique, un imprimé déplié sous les yeux du public, et portant en tête l'énonciation d'un fait imaginaire, non relaté dans le corps de l'imprimé (2). Un individu, sous prétexte de dire des prières à l'intention des morts, ou pour la guérison d'un malade, se fait remettre des fonds qu'il s'approprie (3)... La Cour de cassation a jugé que les agissements dont nous venons de parler devaient être punis comme faits d'escroquerie. Elle a vu une manœuvre frauduleuse pour persuader une fausse entreprise, dans la première espèce, — pour faire naître l'espérance d'un événement chimérique, dans la seconde, — pour persuader l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, dans la troisième » (4).

(1) Cass., 2 janvier 1863, D. 63.1.383.

(2) Cass., 19 décembre 1884, D. 85.1.41, et note de Garraud sous arrêt du 9 mai 1885, D. 86.1.90.

(3) Voir notamment : Cass., 19 janvier 1901, D. 01.1.343.

(4) Garraud, *op. cit.*, p. 570 et 571.

M. Garraud critique cette interprétation, qui nous paraît, cependant, absolument fondée. Par contre la Cour de cassation nous semble avoir mal jugé dans un certain nombre d'hypothèses, où elle refusa d'appliquer les pénalités de l'article 405, sous prétexte qu'il n'y avait, en la cause, de la part de la victime, « ni croyance d'un pouvoir imaginaire, ni espérance ou crainte d'un événement chimérique ». Une des espèces était la suivante : le directeur d'une filature de Rouen avait été poursuivi pour avoir trompé les ouvriers sur la quantité de coton travaillé par ces derniers, et les avoir ainsi privés d'une partie de leur salaire, en employant, pour peser les cotons remis, des poids surchargés, et en élargissant le diamètre du dévidoir autour duquel s'enroulaient ces cotons. La Cour de cassation estima que ces faits ne sauraient constituer le délit d'escroquerie : « Ces manœuvres, lit-on dans les motifs de l'arrêt, n'ont pas eu pour but de faire naître dans l'esprit des victimes la croyance d'un pouvoir imaginaire, ou l'espérance, ou la crainte d'un événement chimérique, et n'ont été suivies d'aucune remise d'objets quelconques que le trompeur se serait appropriés au préjudice de ses victimes » (1). Sans insister, quant à présent, sur l'étrange méprise qui consiste, dans cette espèce, à refuser de prendre en considération l'obtention de la « quittance », et à affirmer que la manœuvre « n'a été

(1) Cass., 21 février 1851, D. 51.1.216.

suivie d'aucune remise d'objets quelconques... », nous ferons observer que la Cour aurait pu, par une exacte interprétation de l'esprit et des termes de la loi, juger qu'il y avait eu de la part des ouvriers « espérance de l'événement chimérique » d'obtenir le salaire auquel ils avaient droit.

En réalité, M. Garraud et les jurisconsultes qui interprètent comme lui cette disposition nous paraissent se méprendre absolument sur le sens de l'énumération qui constitue la seconde partie de l'article 405. Après avoir précisé les moyens du délit, le législateur a voulu éclaircir le sens de l'expression « abus de crédulité », que l'on rencontrait dans la définition de la loi de 1791. Bien à tort, il a cru devoir l'analyser, mais non pas en restreindre le champ d'application, en distinguant arbitrairement, parmi les illusions déçues, celles qui réclament les sanctions de la loi pénale, tandis que les réparations du droit indemnitaire conviendraient mieux aux autres. « Les mots succès et accident, dit M. Garçon, bien qu'ils soient très compréhensifs, ont encore paru trop peu précis à ce législateur ; mais, en ajoutant l'expression plus indécise « tout autre événement chimérique », il a montré sa claire volonté de ne laisser, en dehors de ses prévisions, aucune fraude, aucune tromperie coupable. La jurisprudence, en interprétant ce texte largement, se conforme certainement à ses intentions » (1).

(1) Garçon, *op. cit.*, art. 405, p. 1294.

Il n'est pas douteux, en effet, que toute espèce de tromperie soit englobée dans la vaste énumération de l'article 405. Les erreurs de la doctrine et de la jurisprudence, signalées plus haut, en seraient précisément une démonstration suffisante, si l'on ne savait déjà que, selon l'expression de M. Planiol, « l'homme se décide toujours à donner ou à traiter parce qu'il a conçu, soit une crainte, soit une espérance...., et qu'ainsi, si la jurisprudence le voulait, il n'y aurait aucun cas qui pût lui échapper, avec un peu de bonne volonté et d'esprit d'analyse » (1).

§ 5. — De la remise des biens.

La tromperie, constitutive d'escroquerie, doit avoir pour objet un gain illicite. C'est ce que l'article 405 exprime dans la formule suivante : « Quiconque....se sera fait remettre ou délivrer, ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou

(1) Planiol, *loc. cit.*, p. 656. — *Contrà* : Nypels, *Le Code pénal de Belgique interprété*, t. III, p. 399, au sujet de la nouvelle rédaction de l'article 496 qui prévoit le délit d'escroquerie. A l'énumération de l'article 405 fut ajoutée « ou pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité ». Dans le but de démontrer l'utilité de la réforme, le jurisconsulte belge cite une espèce où la Cour de cassation de Belgique, par un arrêt du 8 février 1858 (*Pasicrisie*, 1858.1.38), avait refusé de voir une escroquerie, et qui désormais rentrerait dans les termes de l'article 496. En réalité la Cour avait mal jugé ; dès avant 1867, les faits jugés constituaient une escroquerie.

décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni..... ».

En réunissant dans un même examen les troisième et quatrième parties du texte, nous n'entendons nullement prendre position dans la controverse que leur rédaction soulève. Peu importe, en effet, au point de vue particulier où nous nous plaçons, que les deux dernières conditions exigées pour la perfection du délit « soient, non pas les deux branches corrélatives d'une même exigence, mais deux éléments constitutifs distincts » (1), ou *vice versa* : elles s'éclairent mutuellement, l'analyse ne doit donc pas les séparer.

Malgré l'esprit non douteux de la seconde énumération de l'article 405, qui embrasse, selon les termes excellents d'un arrêt de cassation, « tous les actes dont peut résulter un lien de droit, et à l'aide desquels on peut préjudicier à la fortune d'autrui » (2), la doctrine et la jurisprudence discutent encore sur le caractère et la portée de chacun des termes de cette énumération.

A) Un auteur, M. Garraud, le seul à notre connaissance, prétend que, comme sous l'empire de la loi de 1791, que la jurisprudence avait pu interpréter en ce sens, l'escroquerie des immeubles est prévue par l'article 405 du Code pénal, malgré l'emploi des expres-

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 585.

(2) Cass., 28 novembre 1838, *B. crim.*, 370.

sions, « fonds, meubles », qui n'auraient qu'un caractère simplement énumératif (1).

Or, si la rédaction de 1791 autorisait cette interprétation, peut-on dire que, sous l'empire du Code pénal, elle soit permise par les principes et les textes? L'escroquerie est une catégorie du vol, dont l'objet, selon l'antique tradition romaine, est restreint aux seuls meubles. Le législateur de 1810 a respecté cette tradition.

Au reste, il ne s'agit, en l'espèce, que d'une divergence purement théorique. « Indirectement, en effet, l'article 405 pourra atteindre les immeubles, si l'auteur des manœuvres se fait remettre, par exemple, les sommes qui en forment le prix, ou les titres qui en représentent la propriété » (2). La jurisprudence ne considère alors, avec raison, en cas de vente ou d'échange, que la remise des fonds ou des obligations, sans se préoccuper de la nature de la chose qu'ils représentent.

B) Nous sortons du terrain de la pure théorie avec la controverse qui s'élève au sujet du sens de l'expression « meubles ». Doit-elle s'appliquer à tout objet mobilier susceptible d'une appropriation individuelle, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les objets ayant une valeur matérielle et vénale, et ceux qui n'ont

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 587.

(2) Dorigny, *op. cit.*, p. 160 ; Cass., 11 décembre 1812, Dalloz, *Rép.*, V° *Vol et escroq.*, n° 849 ; Cass., 22 juin 1854, *id.*, n° 850 ; Cass., 12 novembre 1864, D. 65.5.158.

qu'une valeur morale ? La thèse des partisans de l'affirmative, en faveur de laquelle s'est prononcée, à différentes reprises, la jurisprudence, se trouve ainsi résumée dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Paris : « Peu importe que l'objet ait, ou non, une valeur vénale, soit, ou non, destiné au commerce. L'article 405 ne subordonne à aucune condition de ce genre l'existence du délit qu'il réprime ; il suffit que l'objet fasse partie du patrimoine d'autrui » (1).

Nous prétendons, au contraire, qu'il faut faire abstraction totale de la quatrième partie de l'article 405 du Code pénal, « aura escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui », dont les termes, dans une rédaction logique, eussent dû figurer en tête de l'article 405, car ils en marquent à la fois l'esprit et la portée, pour adhérer à une semblable interprétation.

L'animus furandi, qu'il ne faut pas confondre avec *l'animus lucri faciendi*, faisait défaut chez l'individu qui, dans le but d'obtenir des témoignages de reconnaissance de la part d'une jeune fille, était parvenu à se faire remettre, pour être confiée à la poste, une lettre qui avait été écrite par un tiers au père de cette jeune fille pour l'informer de la légèreté de la conduite de cette dernière. La Cour de Metz le condamna, mais ce

(1) Paris, 21 décembre 1887, *Gaz. Trib.*, 22 décembre 1887. — Dans le même sens : Rennes, 8 décembre 1881, D. 82.2.152 ; Metz, 22 mai 1867, D. 67.2.90. — Voir également : Dorigny, *op. cit.*, p. 164.

fut en violant l'esprit et les termes de l'article 405 du Code pénal (1).

La réparation du préjudice moral relève, en pareil cas, du droit indemnitaire ; nous dépassons ici les limites rationnelles du dol criminel (2).

Nous approuvons, au contraire, la décision de la Cour suprême qui, en date du 23 février 1855, condamna pour escroquerie un individu qui avait fait dresser par un notaire, au profit d'un tiers non complice, un contrat de vente pur et simple d'un immeuble, au lieu d'un contrat pignoratif que l'autre partie entendait consentir, alors que dans le contrat la somme prêtée était indiquée comme étant le prix de l'immeuble (3). S'il n'y avait pas, en l'espèce, *animus lucri faciendi* chez l'auteur des manœuvres, il y avait certainement *animus furandi* aux dépens de la dupe, et l'application de l'article 405 était ainsi parfaitement justifiée.

C) Mais, réserve faite de l'application des pénalités de l'escroquerie au détournement des seules choses ayant une valeur pécuniaire, nous ne saurions admettre aucune des restrictions qu'une partie de la doctrine et

(1) Metz, 22 mai 1867, D. 67.2.90. — *Contrà* : Garraud, *op. cit.*, p. 590 ; Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 97.

(2) L'escroquerie est un délit contre les biens, non contre les personnes ; or, dans l'espèce précitée, le coupable n'envisageait nullement l'objet détourné, selon l'expression de M. Garraud, « sous l'aspect de bien patrimonial ».

(3) D. *Rép.*, V° *Vol et escrog.*, n° 825. Dans le même sens : Cass., 27 mars 1857, Dalloz, *Rép.*, V° *Vol et escrog.*, n° 885.

souvent la jurisprudence se sont cru imposées par les termes « remise ou délivrance de fonds, meubles, obligations, dispositions et décharges ».

« Il faut, dit M. Garraud, que l'escroc ait obtenu ou tenté d'obtenir par l'emploi de manœuvres frauduleuses plus que des paroles ; qu'il se soit fait remettre des choses (*res*) ou des actes (*instrumenta*). Les paroles n'engagent pas suffisamment. La loi ne prétend protéger la victime des manœuvres frauduleuses que contre la dépossession effective des choses qui comptent dans son patrimoine (1) ».

Mais, en vérité, en nous plaçant d'abord sur le terrain de la théorie pure, il nous semble que cette thèse, à laquelle se rallie M. Garçon, est contredite par les principes mêmes de notre droit privé. La convention est parfaite par le consentement des parties ; l'écrit n'est exigé pour la validité de l'acte que dans la conclusion d'un nombre très restreint de contrats. Il n'intervient, en général, qu'à titre d'instrument probatoire, et même, en ce qui concerne les actes les plus nombreux et les plus importants, les actes de commerce, la preuve par témoins est toujours possible.

Pourquoi faire de ce qui, de droit commun, n'est qu'une question de preuve, une limite du dol civil et du dol criminel lorsqu'il s'agit d'atteinte à la propriété, alors que les termes de la loi ne semblent nullement

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 589. — Dans le même sens : Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 101.

commander cette interprétation restrictive, contraire à son esprit ?

Nous nous rallions, sur ce point, à l'analyse très rationnelle d'un auteur récent. « L'article 405, dit-il, énonce, comme pouvant être l'objet d'une escroquerie, d'abord tous les meubles, puis les obligations et dispositions ; il en résulte qu'en énonçant les meubles, le législateur ne s'occupe pas des obligations et dispositions. S'il a prévu particulièrement ces dernières, qui sont, elles aussi, des meubles, c'est pour les atteindre, même quand elles revêtent la forme purement verbale » (1).

La jurisprudence la plus récente semble cependant incliner dans le sens de la première interprétation ; si bien que la répression paraît dépendre non plus du préjudice subi par la victime, mais de la forme matérielle que revêt l'acte qui cause ce préjudice.

Nous avons mentionné précédemment un arrêt de Cassation refusant d'appliquer les pénalités de l'escroquerie au directeur d'une usine de Rouen qui, par des manœuvres frauduleuses, était parvenu à tromper les ouvriers sur la quantité de matière travaillée par eux, et à les frustrer ainsi d'une partie de leur salaire. Les manœuvres, selon l'arrêt, « n'auraient pas eu pour but de faire naître dans l'esprit des victimes la croyance d'un pouvoir imaginaire..., et *n'auraient été suivies d'aucune remise d'objets quelconques.* » Cependant,

(1) Dorigny, *op. cit.*, p. 164.

quand bien même les ouvriers, selon les usages de leur profession, n'auraient pas donné quittance ou décharge, en bonne et due forme, du montant du salaire touché par eux, les manœuvres n'aboutissaient-elles pas à obtenir d'eux, contre tous droits, décharge d'une dette (1)?

Cet arrêt n'est pas isolé : nous en pourrions citer certains, rendus récemment, en matière de fraudes dans les contrats de transport par chemins de fer, ou dans le paiement de droits de douane, dont les considérants sont conçus en termes identiques (2).

Dans ces espèces, il s'agissait de décharges obtenues frauduleusement. En cas d'engagement verbal, la jurisprudence s'était d'abord prononcée dans le même sens, ce qui était rigoureusement logique, puisque les deux situations sont juridiquement semblables (3) ; lorsqu'est intervenu, sur les réquisitions de Dupin, le fameux arrêt des Chambres réunies du 20 janvier 1846, qui, marquant un revirement de jurisprudence, en matière de

(1) Cass., 21 février 1851, D. 51.1.216. — Dans le même sens : arrêt de la Cour d'Aix qui avait acquitté un individu coupable d'avoir, par des manœuvres frauduleuses, obtenu le visa du commissaire et son inscription sur les registres matricules de l'inscription maritime, afin de s'assurer le droit à la pension prévue par la loi du 11 août 1881, sous prétexte que le titre constatant l'obligation de l'Etat à son profit ne lui avait pas été délivré. La Cour de cassation, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, cassa (Cass., 7 mars 1892, D. 93.1.134).

(2) Douai, 26 juin 1900, *Rec. Gaz. Trib.*, 1900.2.169 ; Paris, 17 février 1892, *id.*, 2.95 ; Toulouse, 25 octobre 1903, *Pandectes*, 1906.2.79, approuvé par Garçon, *op. cit.*, art. 405, p. 1300.

(3) Notamment : Cass., 4 mars 1842, D. 42.1.203. — En sens contraire : Metz, 20 mars 1854, D. 54.2.263, admet qu'il y a escroquerie, que l'obligation commerciale soit verbale ou écrite.

tentative d'escroquerie, admet que, lorsque des manœuvres frauduleuses ont amené la dupe à prendre un simple engagement verbal, il y a tentative d'escroquerie (1).

Tel est également l'avis de Blanche, qui prétend que, depuis la réforme de 1863, les promesses verbales, si les autres conditions du délit sont remplies, peuvent motiver une application de l'article 405 (2).

En réalité, cette opinion intermédiaire, peut-être plus satisfaisante que la précédente au point de vue de l'équité, est encore moins logique au point de vue des résultats, puisqu'elle admet, d'une part, la répression pénale en cas d'engagement verbal, tandis que, de l'autre, elle semble la repousser, en matière de décharge obtenue sans quittance en bonne et due forme. A notre sens, le délit est parfait dans tous les cas précités. Nous pourrions au surplus nous étonner que la jurisprudence, qui admet que la création frauduleuse d'une obligation nulle ne saurait enlever à l'obtention du billet qui la constate le caractère d'escroquerie, ait cru devoir refuser ce caractère à l'obtention d'une promesse verbale, dont la preuve faite en justice peut entraîner la condamnation du débiteur (3).

Tant d'anomalies ne disqualifieraient pas un texte si critiqué aujourd'hui, si celui-ci était sainement inter-

(1) Cass., 20 janvier 1846, D. 46.1.66. — Dans le même sens : Cass., Chambres réunies, 30 mars 1847, D. 47.1.168.

(2) Blanche, *op. cit.*, t. VI, p. 237.

(3) Cass., 4 novembre 1808, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 866 ; Cass., 7 avril 1859, D. 63.5.158.

prété dans sa lettre et son esprit. Tantôt on en restreint le champ d'application, sous le prétexte arbitraire de l'absence de tradition matérielle; tantôt on voit la jurisprudence hésiter, en raison de la solennité du titre obtenu par fraude, avec le problème de l'escroquerie au jugement.

La thèse de la culpabilité l'emporte en général, en cette matière, mais nous trouvons aussi des décisions jurisprudentielles en sens contraire, alors que toutes devraient, ce semble, se rallier aux motifs suivants de l'arrêt de principe du 28 novembre 1838, où il est affirmé « que les expressions obligations, promesses, dispositions et décharges, qu'emploie l'article 405 du Code pénal, sont générales et absolues, qu'elles embrassent tous les actes dont peut résulter un lien de droit, et à l'aide desquels on peut préjudicier à la fortune d'autrui » (1).

Si chacun eût fait sienne cette conception rationnelle,

(1) Dans le sens de l'affirmative : Cass., 28 novembre 1838, *Bull. crim.*, 390 ; Cass., 24 mars 1855, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escrog.*, n^o 853 ; Cass., 3 mai 1866, D. 66.5.185. — Négative : Aix, 19 février 1879, D. 80.2.68 ; Cass., 9 septembre 1852, D. 52.5.25. — Il ne faut pas confondre la question de l'obtention du jugement par des manœuvres frauduleuses avec celle des poursuites exercées frauduleusement, dans le but d'obtenir, soit une transaction, soit une remise de fonds, qui causent préjudice à une des parties. La Cour suprême a décidé à plusieurs reprises, à juste titre, selon nous, que l'action en justice, n'étant que l'exercice d'un droit, ne saurait être considérée comme une manœuvre frauduleuse : Cass., 4 juillet 1874, D. 75.1.43 ; Cass., 10 août 1867, D. 72.5.212. — *Contrà* : Cass., 13 septembre 1851, D. 51.5.230. — Voir Garraud, *op. cit.*, p. 589.

il ne serait pas besoin d'insister sur le caractère très général des dispositions qui, dans l'article 405, visent le but immédiat de la tromperie et son objet. Le but final, visé par le législateur dans ce texte, à savoir la répression de l'escroquerie « de tout ou partie de la fortune d'autrui », ne saurait être atteint, si la protection de cette dernière était subordonnée à certains modes d'illusion que fait naître la tromperie, ou à certaines formes que devrait revêtir le préjudice : en vérité, c'est faire injure au législateur de 1810, que de supposer qu'il ait pu chercher dans ces circonstances accidentelles du dépouillement d'autrui le critérium de la distinction du dol civil et du dol criminel.

Si, en limitant les moyens du délit, dans la première partie de l'article 405, il entendait soustraire à l'arbitraire du juge et à la répression pénale la mauvaise foi dans la conclusion d'une convention, alors que les signes révélateurs du vol faisaient, à son sens, défaut, ce n'était certes pas pour priver par les énumérations suivantes, c'est-à-dire par l'arbitraire de la loi, alors que ce vol était évident, les victimes de la protection légitime qui leur est due.

§ 6. — De la tentative d'escroquerie.

Le droit pénal cesse, dans cette matière de la fraude dans la conclusion des conventions, de côtoyer le droit civil, lorsqu'il réprime, dans l'article 405, le délit manqué et la tentative d'escroquerie : en l'absence même de

préjudice, le droit pénal accorde ici à la victime une satisfaction que lui refuse le droit indemnitaire.

Aussi ne croyons-nous pas devoir prendre parti dans les controverses qu'avant la loi de 1863 la rédaction de l'article 405 a motivées, au point de vue de la répression de la tentative.

Prévoyait-il les deux degrés de tentative, la tentative pure et simple et le délit manqué ?

La remise de fonds, meubles et obligations, provoquée par la manœuvre frauduleuse, consomme-t-elle le délit ; ou l'escroquerie n'est-elle parfaite, au contraire, que par une appropriation frauduleuse ou un détournement subséquents ?

Telles étaient les sources de discussions, qui donnèrent lieu à des revirements remarquables de jurisprudence (1).

Sur le premier point la controverse n'est plus possible aujourd'hui : la tentative pour se faire remettre des fonds, prévue expressément par la loi du 13 mai 1863, tombe sous l'application de la loi pénale.

L'intérêt pratique de la discussion, sur le second point, est devenu médiocre depuis cette réforme, et demeure

(1) Les Chambres réunies, contrairement à l'interprétation consacrée par un arrêt du 29 novembre 1828, avaient, en date du 20 janvier 1846, décidé que la tentative d'escroquerie, prévue par l'article 405 du Code pénal, résulte de l'emploi de manœuvres frauduleuses, encore qu'elles n'aient été suivies d'aucune remise de fonds. Un nouveau revirement de jurisprudence, marqué par un arrêt des Chambres réunies du 12 juillet 1861 (D. 61.1.294), provoqua la modification apportée par la loi de 1863.

nul au point de vue particulier qui nous occupe (1).

Nous estimons néanmoins devoir rappeler les craintes que fit naître, au sein même du Corps législatif, la modification de 1863 (2). « L'escroquerie, disait Ernest Picard, est précisément le résultat d'une combinaison de faits insaisissables qui ne constituent pas des actes préparatoires sensibles, et qui, par conséquent, ouvrent le champ le plus vaste aux hypothèses et aux poursuites des membres du ministère public. Le projet est une revanche du Parquet sur la magistrature. »

Ces appréhensions motivèrent une circulaire de la Chancellerie aux parquets généraux, dans laquelle, par une inadvertance singulière, il était recommandé « de veiller à ce que les substituts, bien pénétrés de la véritable pensée de la loi, ne confondissent pas, avec la tentative proprement dite d'escroquerie, les manifestations du dol civil ou commercial, contre lesquels la prudence des contractants est une sauvegarde suffisante ». Comme si, sur le terrain de la tentative, le droit indemnitaire et le droit pénal pouvaient se rencontrer, alors que le premier suppose un préjudice subi !

Cependant la plupart des législations étrangères, dont la définition du délit d'escroquerie se trouve être, en général, beaucoup plus compréhensive que celle de l'ar-

(1) Voir sur cette controverse : Garraud, *op. cit.*, p. 591 et suiv.; Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 105 et suiv.

(2) Sur les débats au Corps législatif : voir Chauveau et Hélie, *op. cit.*, p. 397 et suiv.

ticle 405, ont laissé en dehors de leurs prévisions la tentative d'escroquerie. Le législateur belge, entre autres, lors de la réforme de 1867, a modifié le texte original de façon à ce que l'exclusion de la tentative fût rendue évidente (1).

Une grande partie de la doctrine française, à la suite du président Barris et de Rossi, proclame le danger de cette répression, et cherche dans les décisions jurisprudentielles la justification de ses appréhensions. En réalité la jurisprudence française nous semble, en cette circonstance, avoir fait le plus souvent preuve de tact et de prudence, et les solutions incriminées ne nous paraissent nullement mériter les critiques dont elles ont été l'objet (2). Bien plus, une espèce très simple, jugée naguère par la Cour de Poitiers, nous démontre, qu'au même titre que la tentative de vol, la tentative d'escroquerie doit être incriminée, sans qu'aucun risque s'en suive pour la liberté individuelle. Un voyageur avait remis deux colis à une compagnie de chemin de fer ; il en avait enlevé un subrepticement à la gare d'arrivée ; puis, sur la production du récépissé constatant le dépôt, par lui effectué, de deux colis, il avait ré-

(1) Nypels, *op. cit.*, p. 367.

(2) Voir Garraud, *op. cit.*, p. 597. — Cass., 16 avril 1870, *Bull. crim.*, n° 420 ; Cass., 20 novembre 1866, *id.*, n° 260 ; Cass., 21 février 1868, D. 68.1.414 ; Cass., 20 janvier 1846, D. 46.1.66 ; Aix, 16 décembre 1903, *Rec. Gaz. Trib.*, 1905.4.72 ; Cass., Chambres réunies, 4 février 1842, D. *Rép.*, V° *Vol et escrog.*, n° 800.

(3) Poitiers, 23 janvier 1885, S. 87.2.15.

clamé la remise du colis qu'il avait enlevé, ou une indemnité représentative de sa valeur. Il fut condamné pour tentative d'escroquerie ; mais la logique exigeait qu'il le fût, comme l'individu dont le geste est surpris au moment où il fait main basse sur un objet exposé à la devanture d'un magasin.

CHAPITRE II

ÉTUDE PRATIQUE DU DÉLIT D'ESCROQUERIE ET DES DÉLITS SIMILAIRES.

I

Nous avons consacré le chapitre précédent à l'étude de la théorie du délit d'escroquerie, tel qu'elle résulte des termes de l'article 405 ; dans celui qui va suivre, nous nous proposons d'étudier les applications que la jurisprudence en a faites aux principales opérations conventionnelles. Cependant, pour donner plus d'exactitude à ce tableau, nous devons combiner avec la théorie de l'escroquerie proprement dite les autres dispositions légales qui prévoient des fraudes spéciales dans la conclusion de telle ou telle convention, et étendent sensiblement parfois le champ d'application de la loi pénale. C'est ainsi qu'en étudiant l'escroquerie au contrat de vente, nous ne pourrions laisser dans l'ombre la loi du 1^{er} août 1905, sur les fraudes en matière commerciale, ni les dispositions pénales de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés par actions.

II

La jurisprudence, ainsi que nous l'avons vu, a fixé

depuis longtemps le sens du mot « manœuvres frauduleuses », selon les indications expresses du législateur : « si de simples allégations mensongères ne suffisent pas pour constituer une manœuvre, au sens de l'article 405 du Code pénal, il en est autrement, lorsqu'à ces affirmations se joignent des actes extérieurs, une mise en scène destinée à les appuyer » (1).

Mais, si doctrine et jurisprudence s'accordent dans l'affirmation d'un principe qu'impose, d'ailleurs, le respect dû à la loi, les difficultés soulevées par son application sont nombreuses. Tandis que, le plus souvent, les auteurs critiquent les termes mêmes de l'article 405, et leur reprochent un manque de souplesse qui ne permet pas d'assurer la répression de la fraude dans tous les cas, quelques criminalistes protestent, non pas contre la rédaction de la loi, mais contre la jurisprudence « qui dépasse peut-être, en cette matière, les limites du droit pénal » (2).

« L'ingéniosité de la poursuite, selon M. Garçon, parvient toujours à découvrir un fait matériel quelconque, qui devient une manœuvre frauduleuse. .. La doctrine de la Cour de cassation, moins large, est de beaucoup préférable, et pourtant la Cour suprême s'est laissée quelquefois entraîner elle-même à des décisions contestables, particulièrement dans sa jurisprudence récente ... » Il y aurait là « une exagé-

(1) Cass., 16 novembre 1888, D. 89.1.270.

(2) Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 8.

ration de la répression pénale, que la loi condamne certainement ».

En cette matière, nous avouons qu'il nous paraît difficile de parler d'évolution jurisprudentielle, dans un sens ou dans un autre, attendu que, si dans des espèces douteuses, la Cour de cassation, tout en désirant rester fidèle au principe qui domine l'article 405, « a paru se contenter d'un moindre fait extérieur pour décider qu'il transformait en manœuvre frauduleuse le mensonge du prévenu » (1), tel arrêt du lendemain a condamné la hardiesse de la veille. C'est ce qui s'est produit notamment dans la matière des effets fictifs (2). La critique de M. Garçon paraît également viser la jurisprudence en matière de prêt déterminé par la remise en nantissement d'un titre sans valeur ou frappé d'opposition. En réalité nous verrons que, dans les applications de la théorie du délit d'escroquerie aux principales opérations conventionnelles, les quelques hardiesses qu'un observateur sévère pourrait, à la rigueur, reprocher à nos Cours et tribunaux furent inspirées le plus souvent par le désir de protéger les illettrés et les faibles d'esprit, que le simple mensonge avait réussi à tromper.

(1) Voir note sous arrêt de Cass., 11 février 1904, D. 04.1.249.

(2) A l'arrêt de Cassation du 4 novembre 1897 (D. 98.1.337), dont l'esprit est très libéral, peut être opposé l'arrêt, rendu en sens contraire, du 10 novembre 1899 (D. 1900 .1.403).— Cf. pour la question du prêt déterminé par la remise en nantissement d'un titre sans valeur, Cass., 13 juillet 1854, D. *Rép.*, V° *Vol et escroq.*, n° 759.

§ 1. — De la tromperie sur la nature de la convention.

La jurisprudence se montre particulièrement sévère dans la matière de la tromperie sur la nature de la convention : c'est que cette fraude, des plus fréquentes et des plus dangereuses, s'attaque naturellement aux illettrés et aux faibles d'esprit.

Pendant plus d'un demi-siècle, sans même qu'il y eût emploi de manœuvres frauduleuses, la jurisprudence appliqua, en cette matière, les peines du faux. Elle estimait qu'il n'était pas nécessaire, pour que le crime de faux fût caractérisé, que la déclaration emportant obligation à la charge d'un individu eût été insérée dans l'acte qui constate cette obligation, après que l'individu y avait apposé sa signature ; mais qu'il suffisait, pour sa perpétration, que le fabricant de l'acte y eût inséré, à l'insu de celui qui devait le signer, une déclaration emportant une obligation autre que celle que ce dernier entendait contracter en apposant sa signature (1).

Cette jurisprudence se modifia vers 1860, et ce fut avec raison. Nous ne trouvons, en effet, dans ces agissements, ni les moyens constitutifs du faux intellectuel, ni ceux du faux matériel, tels qu'ils sont prévus par les articles 145 et suivants du Code pénal. D'autre part,

(1) Voir Garçon, *op.cit.*, art. 145 et suiv., n° 328 et suiv. — Cass., 26 août 1824, D. *Rép.*, V° *Faux*, n° 249 ; Cass., 18 novembre 1825, *id.*, n° 343 ; Cass., 13 février 1835, Bull. crim., 57 ; Cass., 30 juillet 1829, Bull. crim. 167 ; Cass., 13 avril 1837, D. *Rép.Faux*, n° 343 ; Cass., 30 mai 1850, D. 52.5.277 ; Orléans, 29 décembre 1886, D. *Supp. Rép.*, V° *Faux*, n° 314.

les termes restrictifs de l'article 405 ne s'y appliquent qu'autant qu'il y a eu emploi de manœuvres ou de faux nom et fausse qualité. Dès lors, que décider, lorsqu'en raison de l'ignorance de la dupe illettrée, le seul mensonge sur la nature de la convention devait réussir infailliblement? La jurisprudence devient ici incertaine. Tantôt elle s'enferme dans les bornes strictes de la légalité, et refuse d'appliquer les pénalités de l'escroquerie, en l'absence évidente de manœuvres, ou alors même que celles-ci sont perceptibles (1); tantôt, au contraire, dans des espèces absolument analogues, elle qualifie les faits d'escroquerie, soit en essayant de justifier la condamnation par la prise d'une fausse qualité de la part de l'escroc ou par un semblant de manœuvres (2), soit même sans tenter aucune autre justification que la suivante, relevée dans un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans : « Attendu que le prévenu a sciemment abusé de la bonne foi de gens complètement illettrés, et qui étaient hors d'état de vérifier l'exactitude de ses assertions » (3).

Nous reconnaissons, avec M. Garçon, qu'en l'absence de manœuvres nettement caractérisées, il est douteux

(1) Cass., 19 juin 1863, D. 63.1.385 ; Toulouse, 9 mai 1900, *Pandectes*, 1901.2.188.

(2) Cass., 20 août 1852, D. 52.5.246 ; Cass., 8 juillet 1865, S. 66.1.229 ; Cass., 4 mai 1881, D. 82.1.89 ; Montauban, 10 mars 1900, *Rec. Gaz. Pal.*, 1900.2.273.

(3) Orléans, 2 juillet 1851, D. 52.2.32. — Voir critique de cet arrêt par Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 499.

que le simple fait de montrer une feuille de papier même à un illettré puisse être regardé comme une manœuvre. La loi se trouverait donc ici en défaut. Mais, précisément, nous nous trouvons dans un de ces cas où, postérieurement à la conclusion du pseudo-contrat, la preuve de la fraude est extrêmement délicate à faire. Le juge se trouve, somme toute, en présence de deux affirmations contraires ; et, lorsqu'il condamne, en l'absence de manœuvres caractérisées, ne va-t-il pas à l'encontre des vues du législateur de 1810, qui voulait que la poursuite pour escroquerie « ne pût avoir lieu sans un concours de circonstances qui excluaient toute idée d'une affaire purement civile » ?

Ce n'est pas à dire qu'en aucun cas ces fraudes ne puissent tomber sous l'application de la loi pénale, quand l'ignorance de la victime en a rendu possible le succès, sans l'emploi de manœuvres. Si, dans les circonstances immédiates qui ont provoqué la signature du contrat, nous ne reconnaissons pas la manœuvre constitutive de l'escroquerie, l'agent du délit peut être, le cas échéant, le représentant de telle ou telle entreprise essentiellement frauduleuse, dont l'existence même constitue l'élément accessoire de la fraude exigé par l'article 405. D'ailleurs, l'interprétation jurisprudentielle constante de l'expression « fausse entreprise » facilite encore l'application de ce texte, puisqu'il n'est pas nécessaire que celle-ci soit de tous points

chimérique, mais seulement dans certaines de ses parties (1).

**§ 2. — De la tromperie dans la conclusion
du contrat de vente.**

La loi pénale ne sanctionne pas l'inexécution pure et simple des obligations résultant d'un contrat de vente, alors même que l'acheteur, ou le vendeur serait de mauvaise foi, et n'aurait nullement, au moment de la conclusion de la convention, l'intention de fournir sa contre-prestation (2); sautoutefois l'exception apportée à ce principe par la loi du 26 juillet 1873 sur la filouterie d'aliments, qu'on incorpora improprement dans l'article 400, § 4. Par cette loi, un engagement mensonger d'acquitter au comptant une dette a été, en l'absence de toute manœuvre, rangé dans la catégorie des faits punissables; mais le législateur, en spécifiant « qu'il fallait qu'il y eût impossibilité absolue de payer (3) », s'est gardé de tout empiètement sur le terrain rationnel du

(1) Cass., 21 décembre 1860, D. 61.5.192; Cass., 2 juin 1883, D. 84.1.427; Cass., 27 mai 1898, D. 99.1.426, et arrêts cités par Dorigny, *op. cit.*, p. 116, et Rubat de Mézac, *Des délits relatifs aux sociétés par actions*, Paris, 1889.

(2) Cass., 29 novembre 1888, *Bull. crim.*, 342; Cass., 25 juin 1897, *id.*, 214; Cass., 3 août 1900, S. 04.1.373; Cass., 30 mars 1905, *Bull. crim.*, 113; Paris, 28 février 1855, *id.*, 61.

(3) Voir sur la filouterie d'aliments: Dorigny, *op. cit.*, p. 307 et suiv.; Metz, 9 novembre 1859, D. 63.2.43; Cass., 18 février 1864, D. 65.1.145. Au sujet de l'application de l'article 405 en cas de manœuvres: Nîmes, 10 mars 1887, S. 87.2.105; Paris, 23 février 1883, D. 86.2.101.

droit indemnitaire. La preuve de l'intention frauduleuse était, en l'espèce, trop évidente pour qu'un tempérament ne fût pas apporté aux scrupules du législateur de 1810.

Cependant, en l'absence même des manœuvres constitutives d'escroquerie, la sanction du dol, dans la conclusion d'un contrat de vente, est loin d'être toujours abandonnée au droit indemnitaire : le droit pénal empiète ici largement sur le domaine rationnel du droit civil. Tel est le résultat de l'exception apportée aux principes par la loi récente du 1^{er} août 1905, terme d'une longue évolution législative, en vertu de laquelle fut abrogé l'article 423 du Code pénal. Cette loi prévoit non seulement la tromperie sur la nature des marchandises, et la quantité des choses livrées, mais aussi, et surtout, la falsification des denrées alimentaires et des produits agricoles. Cependant, nous passerons sous silence cette partie de son œuvre, qui a pour but essentiel la protection de la santé publique.

a) *Loi du 1^{er} août 1905*. — Quoique la loi du 1^{er} août 1905 débute ainsi : « Quiconque aura trompé ou tenté de tromper le contractant », elle ne vise que le contrat de vente et ses dérivés (1).

L'expression « toutes marchandises », que nous y trouvons, comprend toutes les choses mobilières susceptibles de trafic, sauf toutefois les titres et valeurs de bourse.

(1) Echange : Cass., 18 novembre 1858, *Bull. crim.*, n° 273 ; apport en société : Cass., 14 mai 1888, *id.*, n° 152.

L'ancien article 423 du Code pénal, auquel la loi nouvelle s'est substituée, et qui lui-même avait été complété par la loi du 27 mars 1854, était une combinaison, maladroitement extensive d'ailleurs, des anciens articles 39, § 2 (tit. II, sect. II) de la loi des 16-22 juillet 1791 relatif à la tromperie « sur le titre des matières d'or et d'argent, ou sur la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine », et 46 du Code des 25 septembre-6 octobre 1791 concernant « la vente à faux poids ou fausses mesures ». Cette dernière disposition prenait place encore parmi les articles prévoyant le faux, tandis que la précédente était entrée déjà dans la classe des délits contre la propriété.

L'article 423 du Code pénal, qui prévoyait la tromperie (1) sur la nature de toutes marchandises, ne réprimait, en ce qui concerne la fraude sur la quantité des choses vendues, que le moyen frauduleux « d'usage de faux poids ou de fausses mesures ». La loi du 27 mars 1854, dans son article 3, prévint la tentative de tromperie sur la quantité, et généralisa sur ce point la sanction pénale, sans distinguer désormais entre les instruments de fraude (2).

(1) Ancien article 423, avant la réforme de 1854 : « Quiconque aura trompé l'acheteur sur le titre des matières d'or ou d'argent, sur la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine, sur la nature de toutes marchandises ; quiconque, par usage de faux poids ou de fausses mesures, aura trompé sur la quantité des choses vendues, sera puni de l'emprisonnement pendant trois mois au moins, et un an au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts. »

(2) Article 1^{er} § 3 de la loi du 27 mars 1854 : « Seront punis des

Il ne fut plus désormais contesté « que l'épicier qui vend, comme pesant 500 grammes, un paquet de bougies qui n'en pèse que vingt-deux, que le laitier qui ne remplit pas de lait la quantité annoncée par les boîtes devant contenir un litre de lait », tombaient sous l'application de l'article 423 (1). Selon le mot du rapporteur Richet, il s'agissait de protéger l'acheteur de marchandises « dont le poids est présumé d'après le nombre qui compose leur collection, d'après leur nom, d'après certaines indications. Si le marchand vend, sachant que ces signes sont fallacieux, il dérobe une partie des poids indiqués ».

D'ailleurs, dans tous ces cas, même dans les derniers signalés, nous pouvons discerner une manœuvre, une manœuvre *sui generis* sans doute, prévue spécialement par nos lois, comme elle l'était dans l'ancien droit sous la qualification générique de faux. Elle est réprimée moins sévèrement que celles de l'article 405, parce qu'elle s'applique à des faits dolosifs intervenant en cours de convention sérieuse, tandis que, dans l'article 405, le législateur veut réprimer, en principe, les

peines portées par l'article 423 du Code pénal ceux qui auront trompé ou tenté de tromper sur la quantité des choses livrées les personnes auxquelles ils vendent ou achètent, soit par l'usage de faux poids ou de fausses mesures, ou d'instruments inexacts servant au pesage ou au mesurage ou à augmenter faussement le poids ou le volume des marchandises, même avant cette opération, soit enfin par des indications frauduleuses tendant à faire croire aux pesage ou mesurage antérieurs et exacts. »

(1) Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. V, p. 672 et 673.

agissements de celui qui a entendu, non pas contracter, mais uniquement spolier.

Cependant, dans les années qui suivirent le vote de la loi du 27 mars 1851, on s'était demandé si une fausse indication verbale sur le poids de la marchandise, sans que le mensonge fût accompagné, selon les termes d'un arrêt de Cassation, « de signes extérieurs caractérisant les indications frauduleuses », tombait sous l'application de l'article 423 : la jurisprudence, approuvée par la majorité de la doctrine, s'était prononcée pour la négative (1).

La loi du 1^{er} août 1905 a mis fin à cette controverse. Aux termes de l'article 1^{er}, § 3 : « Quiconque aura trompé ou tenté de tromper sur la quantité des choses livrées.... sera puni... ». L'instrument de la tromperie cesse désormais d'être déterminé par la loi ; le fait lui-même est seul pris en considération. Le marchand qui, par exemple, remet aujourd'hui quatre doubles décalitres d'avoine au lieu de cinq, en annonçant que cette quantité forme l'hectolitre demandé, commet un délit. C'est un nouveau recul du droit indemnitaire, au profit du droit pénal.

En ce qui concerne, au contraire, la tromperie sur la nature de la marchandise, la loi du 1^{er} août 1905 n'a fait qu'éclaircir les dispositions pénales antérieures aux-

(1) Chauveau et Hélie *op. cit.*, t. V, p. 672 ; Blanche, *op. cit.*, t. VI, p. 519 et suiv. : Cass., 27 avril 1855, *Bull. crim.*, n° 144 ; Cass., 19 novembre 1858, *id.*, n° 276 ; Cass., 19 février 1863, *id.*, n° 58.

quelles elle s'est substituée ; hormis la tentative du délit, que, contrairement au droit antérieur, elle prévoit, et le taux de l'amende, elle ne nous paraît pas, en dépit des protestations anticipées de certaines associations commerciales (1), avoir innové en quoi que ce soit.

« Quiconque, dit-elle dans son article 1, §§ 1 et 2, aura trompé ou tenté de tromper le contractant :

Soit sur la nature, les *qualités substantielles*, la composition, et la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

Soit sur leur *espèce ou leur origine*, lorsque, d'après la convention ou les usages, la désignation de l'espèce ou de l'origine devra être considérée comme la cause principale de la vente....., sera puni de l'emprisonnement, pendant trois mois au moins, un an au plus, et d'une amende de cent francs au moins, de cinq mille francs au plus, ou de l'une de ces deux peines seulement ».

Or, si, sous l'empire de l'article 423, on discutait sur le sens du mot « nature » ; si certains distinguaient entre l'essence, la composition de la chose, d'où dérivent ses propriétés et ses usages, et la qualité qui, au contraire, ne porterait que sur les propriétés plus ou moins grandes de la marchandise, celle-ci restant toujours conforme à sa nature (2), la jurisprudence, devan-

(1) Voir le Rapport présenté à la Société pour la défense du commerce de Marseille par M. Gouin, au nom de la commission d'initiative (Séance de la Chambre syndicale du 16 juillet 1898).

(2) Voir : Louis Fraisse, *De la répression de la fraude dans les ventes de marchandises*, Thèse Montpellier, 1901, p. 21 et suiv. ; Garraud, *op. cit.*, t. VI, p. 156.

cant le législateur, s'était placée à un point de vue plus subjectif. Elle avait maintes fois décidé que si, en l'absence d'une qualité qu'aux termes du contrat une marchandise devait avoir, celle-ci ne pouvait plus servir à l'usage auquel elle était destinée par l'acheteur, il y avait tromperie sur la nature de la chose. D'après l'interprétation jurisprudentielle de ce texte, la tromperie sur l'espèce et sur l'origine de la marchandise rentrait donc, d'ores et déjà, dans les prévisions de l'article 423 du Code pénal (1).

Mais ce n'est pas au point de vue de cette controverse que la loi de 1905, comme les textes auxquels elle a succédé, nous intéresse surtout. En faisant pénétrer sur le terrain même de la convention la répression pénale, ces textes subordonnent-ils du moins leur action à une manœuvre quelconque ? La tromperie suppose-t-elle l'existence d'une manœuvre ? « C'est plus qu'un dol, disent Chauveau et Hélie (2) ». « C'est une manœuvre frauduleuse, déclare M. Garraud, qui, à la différence des manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie, porte sur la chose même ». Mais cet auteur ajoute aussitôt « que cette manœuvre arrive ordinairement à faire prendre la chose pour une autre, en donnant de fausses indications sur l'objet de la vente, ou en substituant une chose de moindre valeur à celle

(1) Notamment : Cass., 10 février 1851, *Bull. crim.*, n° 68 ; 22 février 1861, *id.*, n° 42 ; 15 février 1866, *id.*, n° 43 et D. 66.1.240.

(2) Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. V, p. 634.

qui avait été préférée et choisie par l'acheteur. C'est non un mensonge verbal, mais un mensonge réel ».

Nous ne discernons pas nettement l'intérêt et la portée de cette distinction entre le mensonge verbal et le mensonge réel ; la manœuvre, dans le délit d'escroquerie, peut porter sur la chose elle-même, et, à notre sens, il peut y avoir tromperie sur la nature de la marchandise, sans que la chose ait été présentée à l'acheteur au moment de la vente. Mais ce que nous voulons retenir de la définition de M. Garraud, c'est l'aven qu'un mensonge suffit à caractériser le délit prévu antérieurement par l'article 423 du Code pénal, et actuellement par la loi de 1905. Nous irons même plus loin, et, contrairement à ce que pense cet auteur, en s'autorisant des termes de l'article 1645 du Code civil, qui prévoit le cas où le vendeur, connaissant les vices cachés de la chose, les a dissimulés à l'acquéreur, et ne donne à cette espèce de dol d'autre effet que celui d'obliger le vendeur à restituer le prix et à payer des dommages-intérêts, nous estimons que la simple réticence sur des vices qui ont pour effet de dénaturer véritablement la chose vendue doit être assimilée, au point de vue de l'application de la loi de 1905, à l'affirmation mensongère réelle (1).

M. Garraud, dans sa définition de la tromperie, antérieure à la loi de 1905, mentionne la substitution d'une chose de moindre valeur à celle qui avait été préférée

(1) En ce sens : Dorigny, *op. cit.*, p. 302.

et choisie par l'acheteur. Ces agissements sont aujourd'hui prévus explicitement, en ces termes, par l'article 1, § 3, de la loi du 1^{er} août 1905. « Quiconque aura trompé ou tenté de tromper le contractant :

« sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat. »

Mais nous estimons qu'il fallait qu'ils le fussent pour être compris dans la qualification de tromperie sur la nature de la marchandise.

La jurisprudence a décidé, avec raison, malgré un embryon de manœuvre, que la non-livraison de marchandises, après en avoir reçu le paiement, et avoir montré, lors de la conclusion du contrat, un échantillon, constituait un dol purement civil (1). Fallait-il voir, avant qu'une disposition pénale l'eût prévue expressément, autre chose que l'inexécution d'une obligation civile dans la substitution, lors de la livraison, d'une marchandise à une autre? Nous ne le pensons pas; mais si, dans cette espèce, on voulait, malgré tout, voir une manœuvre, celle-ci ne portant pas sur la chose même qui, dans l'esprit du vendeur, devait faire l'objet du contrat, il fallait, ainsi que l'avait jugé la Cour suprême, dans une affaire bien connue, faire application des pénalités de l'article 405 (2).

(1) Cass., 25 juin 1897, *Bull. crim.*, n° 214; il est vrai que, dans deux espèces analogues, la jurisprudence, forçant peut-être les termes de l'article 405, appliqua les pénalités de ce texte (V. Cass., 13 juin 1857, *Bull. crim.*, n° 227; Cass., 18 août 1876, *id.*, n° 190).

(2) Cass., 29 janvier 1874, D. 75.1.97: un individu avait offert de

Au surplus, le délit de la loi du 1^{er} août 1905 se combine parfois avec le délit de l'article 405, lorsqu'à la tromperie proprement dite sur la nature de la marchandise s'ajoute une manœuvre caractérisée, telle que l'intervention d'un tiers ou une manipulation frauduleuse (1). Ce cumul d'infractions soulève d'ailleurs des difficultés réelles dans la pratique, et la jurisprudence ne fut pas, semble-t-il, sur ce point, toujours heureusement inspirée dans la qualification des faits. Elle estima notamment que le fait par un cultivateur, apportant au marché un produit non-alimentaire, d'avoir placé à la partie supérieure de sacs ouverts pour servir d'échantillons une couche de qualité de beaucoup supérieure, frauduleusement appelée parfois « coiffage », ne peut, bien qu'il ait eu pour résultat de faire acheter la chose à un prix plus élevé que ce qu'elle valait réellement, être considéré comme constitutif d'une escroquerie (2) ; alors qu'au contraire, avant la loi de 1851, un arrêt de la Cour de Nîmes avait décidé « qu'il y avait manœuvres frauduleuses constitutives du délit d'escroquerie dans le fait de l'épiciier qui, pour attirer des chalands, vend des mar-

vendre une collection complète d'œuvres d'art d'une assez grande valeur, et, lors de la livraison, y avait substitué un amas de pièces dépareillées. — *Contrà* : Cass., 20 août 1825, D. *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 826.

(1) Cass., 21 février 1868, D. 68.1.414 ; Cass., 23 avril 1896, S. 97.1.159 ; Cass., 7 nov. 1884, D. 88.5.227. Voir cependant l'article 2 qui prévoit certaines manœuvres, à titre de circonstances aggravantes, en cas de tromperie sur la quantité.

(2) Douai, 12 novembre 1867, D. 70.2.18.

chandises au-dessous des cours, mais se couvre de la différence en livrant un poids inférieur » (1).

Un jugement du tribunal de la Seine, en date du 1^{er} mars 1901, décidait, d'autre part, « que le fait par des charretiers-livreurs de ne livrer sciemment qu'un certain nombre de sacs de charbon sur la totalité commandée ne constituait pas un abus de confiance, mais bien seulement une tentative de tromperie sur la quantité de la chose livrée à l'aide de manœuvres tendant à faire croire à la livraison intégrale de la quantité de la marchandise commandée » (2). Le délit d'abus de confiance ne semblait pas perpétré, en l'espèce, et, la répression de la tentative n'étant pas prévue par la loi, les juges ont, sans doute, voulu sanctionner pénalement, à tout prix, des agissements immoraux. Or l'article 423 prévoit la fraude du vendeur dans la conclusion du contrat, et non celle de ses mandataires ou salariés dans l'exécution de la vente : en supposant que le délit eût été consommé, seul l'abus de confiance était nettement caractérisé.

Nous approuvons, au contraire, les considérants d'un arrêt de la Cour suprême décidant « que le fait par un prévenu d'offrir en vente, comme étant en or, des montres qu'il sait être en argent doré, ne constitue pas la manœuvre caractéristique du délit d'escroquerie » (3), et ceux d'un jugement du tribunal de Nîmes (4) refu-

(1) Nîmes, 26 janvier 1843, D. *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 797, § 5.

(2) Seine, 1^{er} mars 1901, *Pand. fr.*, 02.2.164.

(3) Cass., 12 mai 1893, D. 93.1.300.

(4) Nîmes, 2 mars 1905, cité par Gargon, *op. cit.*, art. 405, n^o 230 et

sant d'appliquer les pénalités de l'article 405 à la vente de reconnaissances du Mont-de-Piété dont l'objet n'avait pas la valeur du prêt. En ces espèces, il n'y avait pas manipulation frauduleuse de la chose elle-même ; si cette manipulation avait eu lieu, nous n'hésiterions pas à adopter une solution contraire. C'est ainsi que nous approuvons l'esprit d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix qui, dans la matière de l'escroquerie au paiement, a fait application de l'article 405 à un individu qui, ayant rendu à des pièces de 2 centimes leur premier lustre, en les frottant, avait remis une de ces pièces à une débitante pour acquitter le prix d'une consommation, en lui disant « payez-vous », et avait ajouté, sur une interrogation, « c'est une pièce de vingt francs ; rendez moi le reste » (1).

La loi du 1^{er} août 1905 ne prévoit que la tromperie sur la nature des marchandises vendues. Encore est-il certaines de celles-ci, dont le trafic frauduleux est prévu par des lois spéciales, ou, en tout cas, ne rentre pas dans les prévisions de l'ancien article 423, et de la loi du 1^{er} août 1905 : tel est le cas des œuvres d'art, et des titres et valeurs de bourse. Aussi convient-il de joindre à l'étude générale de la tromperie sur la nature des marchandises l'examen de la loi du 9 février 1895, sur

suiv. — Voir également : Lille, 8 décembre 1898 (*Nord judiciaire*, 99 223), qui, à juste titre, a décidé que le seul fait de crier une nouvelle mensongère pour vendre des journaux, sans accompagner ce mensonge de manœuvres destinées à lui donner créance, ne saurait constituer le délit d'escroquerie.

(1) Aix, 14 mai 1862, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escrog.*, n^o 773.

les fraudes en matière artistique, et des articles 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés par actions.

b) Loi du 9 février 1895. — Cette loi a pour but essentiel la protection de la propriété artistique, en matière de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure ou de musique. Elle ne s'applique, d'autre part, « qu'aux œuvres non tombées dans le domaine public, sans préjudice pour les autres de l'application de l'article 423 ». Elle ne sanctionne qu'accessoirement, d'ailleurs, à l'instar de la loi du 23 juin 1857, sur la protection des marques de fabrique, la tromperie vis-à-vis de l'acheteur (1). « Seront punis, dit l'article 1, § 2, d'un emprisonnement d'un an au moins, et de cinq ans au plus, et d'une amende de 16 francs au moins, et de 3.000 francs au plus, ceux qui, sur les..... œuvres, auront frauduleusement, et dans le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur, imité sa signature ou un signe adopté par lui.

(1) Art. 1, § 1. « Seront punis..... ceux qui auront apposé ou fait apparaître frauduleusement un nom usurpé sur une œuvre de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure ou de musique. »

Loi du 23 juin 1857, sur les marques de fabrique et de commerce.

Art. 7, § 3. « Sont punis d'une amende de 50 à 3.000 francs et d'un emprisonnement de 3 mois à 3 ans ceux... qui ont sciemment vendu ou mis en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée. »

Art. 8, § 1. « Sont punis d'une amende de 50 à 2.000 francs et d'un emprisonnement de 1 mois à 1 an ceux qui, sans contrefaire une marque, en ont fait une imitation frauduleuse de nature à tromper l'acheteur, ou ont fait usage d'une marque frauduleusement imitée. »

« ART. 2. — *Les mêmes peines seront applicables à tout marchand ou commissionnaire qui aura sciemment recélé, mis en vente ou en circulation les objets revêtus de ces noms, signatures ou signes.* »

Bien que la jurisprudence fût fixée dans le sens de l'affirmative, la doctrine était partagée, avant le vote de la loi de 1895, sur le point de savoir si l'artiste dont la signature était imitée « pouvait poursuivre l'imitateur ou le vendeur, en vertu de l'article 7 de la loi du 23 juin 1857 ». Ce fut là l'origine de cette loi.

Certains parlementaires ont paru croire, d'autre part, qu'en ce qui concerne la fraude vis-à-vis de l'acheteur, la répression n'était pas suffisamment assurée, soit par les textes prévoyant la tromperie sur la nature de la marchandise, ou l'escroquerie, soit même par ceux réprimant le faux : cette conception était erronée (1). Le fait d'apposer la signature d'un artiste sur une œuvre d'art, après avoir imité sa façon, ou de vendre cette œuvre, nous paraît constituer, en toute hypothèse, la manœuvre prévue par l'article 405 ; tandis qu'aujourd'hui, depuis le vote de la loi du 9 février 1895, aux termes de l'article 4 de ce texte législatif, et par une bizarre anomalie, la fraude du vendeur est réprimée différemment, suivant que l'œuvre d'art est tombée, ou non, dans le domaine public (2).

(1) Voir sur ce point : travaux préparatoires de la loi de 1895, D. 95.4. p. 70 et suiv., et notamment rapport de M. Julien Goujon ; Douai, 5 mai 1846, D. 46.4.271.

(2) Art. 4 : « La présente loi est applicable aux œuvres non

c) Des délits relatifs aux sociétés par actions.

I

Si nous rattachons l'étude des délits relatifs aux sociétés par actions à la tromperie sur la nature de la marchandise vendue, c'est que, de cette matière immense, nous entendons surtout retenir les garanties offertes par la loi pénale aux tiers contre les agissements frauduleux des gérants et administrateurs, ou des intermédiaires, en vue de l'écoulement de titres représentant parfois une valeur de 0 franc 0 centime, alors que le capital social nominal est de plusieurs millions.

La critique des nombreuses conditions mises par le législateur de 1867 et de 1893 à la constitution régulière des sociétés par actions ne rentre pas dans le cadre de cette étude. Nous devons toutefois mentionner que certaines de ces formalités ont paru si vaines, que le projet de loi de 1903 sur les sociétés par actions, qui est à la veille de venir en discussion devant le Parlement, les fait disparaître : ainsi en est-il notamment de l'intervention du notaire, qui, illusionnant les tiers sur la sincérité d'une entreprise, n'avait d'autre efficacité que d'assurer, le cas échéant, l'application de l'article 405 (1), lorsque le caractère frauduleux de cette entreprise était démontré.

tombées dans le domaine public, sans préjudice, pour les autres, de l'application de l'article 423 du Code pénal. »

(1) Cass., 9 mai 1885, D. 86.1.90 (Aff. Mary Reynaud).

D'autre part, l'exigence du versement du quart n'empêche pas une série de combinaisons illégitimes, parmi lesquelles la plus fréquemment employée est celle qui consiste à simuler le versement du quart à l'aide de deniers d'emprunt, en se procurant des fonds chez un banquier juste pendant le temps nécessaire pour les faire passer *ad pompam et ostentationem* sous les yeux de l'assemblée générale (1). De nombreuses maisons de banque eurent même, paraît-il, il y a un certain nombre d'années, la spécialité d'effectuer des prêts dans ces conditions.

Enfin, la vérification des apports, malgré la garantie des deux assemblées générales qui donnent approbation de l'estimation faite par le commissaire, ne peut empêcher le plus souvent la collusion frauduleuse entre ce dernier et les fondateurs.

Mais le vice fondamental de ces formalités, qui les rendaient absolument vaines au regard des souscripteurs, sinon des tiers qui entraient en rapport avec la société postérieurement à sa constitution, était leur caractère subséquent et non préventif. La loi de finances du 30 janvier 1907 a, d'ores et déjà, remédié quelque peu à cette situation par la création d'un organe

(1) Voir notamment : Paris, 19 mars 1883, D. 83.1.425 ; Bruxelles, 24 avril 1900, D. 01.2.127 ; Rubat de Mérac, *op. cit.*, p. 150. — Le projet de 1903, à l'instar des mesures prises par un certain nombre de Codes étrangers (Code italien de 1887 ; Code roumain de 1884), ordonne le dépôt des fonds provenant des souscriptions à la Banque de France ou au Crédit foncier.

central, d'un *Bulletin annexe au Journal officiel*, où, sous peine d'amende, devra être insérée, préalablement à toute émission publique d'actions ou d'obligations d'une société française ou étrangère, une notice fournissant aux tiers tous renseignements utiles sur la nature de l'entreprise.

Des délits prévus et des pénalités édictées par la loi de 1867. — Le respect des formalités prescrites par la loi de 1867 est assuré par de nombreuses pénalités, dont le plus grand nombre prévoit des agissements que le droit commun eût suffi à réprimer. Les pénalités qui sont exorbitantes du droit commun, telles que celles des articles 13 et 14, qui visent, soit l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3 de la loi de 1867, soit la négociation d'actions, dans les mêmes conditions, soit encore les agissements du gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance, s'appliquent, ainsi qu'on l'a justement fait observer, « à des esprits aventureux, plus malheureux que coupables, victimes eux aussi de quelque folle entreprise », quand, rigoureusement interprétés, ces textes n'atteignent pas des actes accomplis même de bonne foi (1).

(1) En ce qui concerne la négociation d'actions, la mauvaise foi n'est pas nécessaire pour constituer l'infraction de l'article 14, avait-il été dit lors des travaux préparatoires de la loi de 1867. Cependant, après s'être prononcée dans ce sens, la jurisprudence a subordonné ensuite l'existence du délit à l'intention coupable ;

Nous sommes ici sur le terrain empirique, en quelque sorte, du droit criminel. La tromperie sur la valeur de la marchandise achetée peut être réprimée, en l'absence de manœuvres, sans qu'il y ait intention de spolier sous l'apparence fictive d'un contrat. Mais, en revanche, ce sont de véritables manœuvres frauduleuses, susceptibles, à l'occasion, de caractériser le délit d'escroquerie, que ces créations fictives de majorité dans les assemblées générales (1), punies par l'article 13, en outre de l'amende, d'un emprisonnement de six jours à six mois. Lorsqu'elles ont pour but de faire accepter, par exemple, une estimation de plusieurs millions d'apports, d'une valeur réelle de quelques centaines de mille francs, n'est-ce pas l'heure d'avoir recours aux dispositions du droit pénal qui visent les malfaiteurs de droit commun, plutôt qu'à ces textes bien anodins pour une si grande faute, créés à l'usage des gens du monde ?

L'article 15, § 1 et 2 consacre, au contraire, un nouveau recul du droit indemnitaire, en faisant du seul mensonge un moyen d'application de l'article 405 dans un certain nombre de cas, qu'il énumère limitativement. Aux termes de cette disposition, sont punis des pénalités de l'article 405, sans préjudice de l'application

elle ne frappe le négociateur que si la simple vue des titres permettait de constater l'infraction aux règles légales.— Lyon, 22 juin 1884, D. 84.2.153 ; Lyon, 8 mai 1884, D. 84.2.249 ; Cass., 6 juin 1885, S. 87.1.284.

(1) Sur la situation des reporteurs, voir arrêt intéressant de Paris, 19 avril 1875, D. 75.2.165.

de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie : « 1° ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ; 2° ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque. »

C'est ainsi que l'insertion de faits inexacts dans un journal appartenant à la société pourra constituer le délit prévu par l'article 15 de la loi de 1867, alors que, pour caractériser l'escroquerie par intervention de tiers, ils devraient être insérés dans un journal indépendant (1). C'est ainsi également que le fait de présenter comme libre de toutes charges un immeuble social grevé d'hypothèques sera susceptible de répression pénale.

(1) Voir toutefois Ruben de Couder, sous arrêt de Cass., S. 1885.1.522, qui prétend qu'on peut considérer comme actes ou faits extérieurs toutes formes de publicité : « 1° toutes brochures, journal, prospectus, bulletins de souscription ; 2° les exemples cités à titre de démonstration, les calculs techniques, les tableaux de capitalisation ; 3° les caractères typographiques de dimension particulière employés avec art, les dispositions de mise en page ; 4° les rapprochements habilement combinés avec les valeurs les plus sûres du marché financier et celles qu'on offre au public. » — Sur ces différents points : Cass., 6 février 1885, S. 85.1.232 ; Paris, 18 mars 1887, D. 88.2.129, aff. des actionnaires du Crédit général français.

La simulation de souscriptions ou de versements, ou leur publication frauduleuse, ne doivent motiver l'application de l'article 15, qu'en cas d'augmentation du capital social : la simulation, lors de la constitution de la société, entraîne, en effet, une déclaration mensongère devant notaire, qui constitue, aux yeux de la jurisprudence, le délit d'escroquerie.

Il est d'ailleurs telle hypothèse, où la jurisprudence a cru devoir faire application de cet article 15, alors que la simulation, lors de l'augmentation du capital social, était accompagnée de véritables manœuvres frauduleuses. L'application de l'article 405 eût été logique dans l'affaire de la société de l'Union générale, qui avait fait souscrire par des prête-noms, lors de l'émission d'actions nouvelles, exclusivement réservées aux anciens actionnaires, toutes les actions nouvelles afférentes aux actions anciennes dont les propriétaires n'avaient pas usé du droit de préférence (1).

Une question intéressante s'était posée, dans cette même affaire, au sujet de l'application du même texte. La défense avait objecté que, la société n'ayant souscrit elle-même qu'après la clôture des souscriptions pour le solde des actions qui n'avaient pas été souscrites par les anciens actionnaires, ce fait de simulation, fût-il établi, ne présentait pas les caractères constitutifs du délit relevé par l'ordonnance de renvoi, puis-

(1) Seine, 20 décembre 1882, *Gaz. Pal.*, t. III, p. 177 ; Paris, 19 mars 1883, S. 83.2.97.

qu'il n'avait pas eu pour résultat, ni d'amener de nouvelles souscriptions, ni de nouveaux versements.

Le tribunal avait repoussé ce système, en faisant observer « que les actionnaires eussent eu le droit de réclamer le montant de leurs actions, si la fraude avait été connue ».

La Cour ne fut pas de cet avis, et le jugement fut infirmé en appel sur ce point. Cependant une semblable interprétation aboutit, semble-t-il, à faire disparaître pratiquement la première hypothèse prévue par l'article 15, § 1. En effet, les simulations de souscriptions, ainsi qu'on l'a justement fait observer, « ne se produisent, en pratique, que lorsque les souscriptions véritables n'ont pas suffi pour absorber toutes les actions, et afin de faire croire dans le public au succès de l'émission ; de cette façon, on permet à la société de se constituer, et on retient les versements effectués ».

Cette dernière opinion semble d'ailleurs prévaloir aujourd'hui en jurisprudence : la Cour suprême l'a consacrée par un arrêt récent (1).

Sans insister sur les autres « faits faux », auxquels

(1) Cass., 26 février 1904, D. 05.1.17, et note de M. G. Le Poittevin citée au texte. — Dans le même sens : Paris, 28 juillet 1887, D. 88. 2.129. — *Contrà* : Rubat de Mézac, *op. cit.*, p. 72

La jurisprudence a d'ailleurs décidé, contrairement à l'opinion d'une partie de la doctrine, que l'article 15, § 1 s'appliquait aussi bien aux souscriptions d'obligations qu'aux souscriptions d'actions. — Voir notamment : Cass., 30 avril 1887, S. 87.1.393, et, en note, la critique de cet arrêt par M. Lyon-Caen.

peut faire allusion l'article 15, § 1, et dont la présentation, par exemple, comme libre de toutes charges, d'un immeuble social grevé d'hypothèques, ou la publication de cotes de fantaisie pour préparer le succès d'une augmentation du capital social, apparaissent comme les plus intéressants (1), nous abordons le délit de distribution de dividendes fictifs, prévu par l'article 15, § 3.

« De tous les pièges tendus à la crédulité publique, de toutes les démonstrations contre la fortune d'autrui, a dit justement M. Ruben de Couder, il n'en est pas qui ait un caractère plus nettement frauduleux que la distribution de dividendes fictifs (2) », nous ajouterons, qui réunisse davantage les caractères constitutifs de la manœuvre prévue par l'article 405, à la fois par intervention de tiers, et par acte extérieur et matériel, pourvu que « cette distribution ait été l'amorce, la cause impulsive et déterminante de la remise des fonds ». En réalité, elle ne semble jamais avoir d'autre but que celui d'amener des tiers à se rendre souscripteurs des titres de la société, en faisant naître chez eux une espérance de gain chimérique, ou, plus simplement encore, de permettre aux gérants ou administrateurs, porteurs d'un nombre considérable d'actions, de les écouler dans

(1) Seine, 25 août 1880, *Journal des sociétés*, 81, 654.

(2) Note sous arrêt de Cass., 9 mai 1885, S. 85.1.522 ; Cass., 26 janvier 1871, D. 71.1.272 ; Cass., 19 mars 1883, D. 83.1 425 ; Lyon, 2 mars 1885, D. 86.2.136 ; Cass., 28 juin 1862, D. 62.1.320.

le public trompé. Il s'est trouvé cependant une Cour d'appel pour juger que le fait, par un administrateur, d'avoir frauduleusement préparé un inventaire dans le but de faire croire à la prospérité de la société, pour mettre en valeur ses actions et ses parts de fondateur, ou pour émettre des obligations, et d'avoir ainsi obtenu des sommes d'argent de divers acheteurs d'actions et de souscripteurs d'obligations, ne pouvait constituer le délit d'escroquerie, si les manœuvres avaient été impersonnelles. L'esprit et la lettre de la loi se trouvent certainement violés par cet arrêt (1).

Des auteurs, d'autre part, ont soutenu que « la distribution de dividendes fictifs est une fraude dans l'exécution d'une obligation ; que les gérants ou administrateurs d'une société ne doivent distribuer des dividendes qu'en cas de bénéfices réels ; que, s'ils prennent sur le capital pour donner des dividendes à leurs actionnaires, ils commettent, non pas un dol, mais une fraude ; que le délit est donc comparable à l'abus de confiance bien plus qu'à l'escroquerie » (2).

Mais, à moins d'envisager, comme conséquence principale du délit, la rémunération supplémentaire du coupable sur le montant des bénéfices supposés, cette théorie nous paraît insoutenable. Aucun détournement n'est commis au détriment des actionnaires par la dis-

(1) Riom, 27 avril 1898, cité par Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 570.

(2) Planiol, *loc. cit.* — Dans le même sens : Dorigny, *op. cit.*

tribution de dividendes fictifs ; ce qu'avec raison le législateur a surtout envisagé, ce sont les conséquences probables de la fraude vis-à-vis des tiers (1).

Du délit d'escroquerie proprement dit dans les sociétés par actions. — Nous avons terminé l'examen des délits spéciaux, prévus par la loi de 1867, que l'article 403 eût suffi à réprimer dans la plupart des hypothèses, et notamment dans celle d'une distribution de dividendes fictifs. Nous rentrons dans le droit commun avec l'escroquerie à la société entièrement ou partiellement fictive, dont la révélation au public doit être nécessairement accompagnée d'une série de manœuvres. Il est bien entendu, d'ailleurs, qu'il ne résulte pas de la nullité d'origine d'une société qu'elle constitue une fausse entreprise, alors qu'elle a pu être une société de fait, qu'elle a eu une existence sérieuse, et qu'elle a procédé régulièrement aux opérations déterminées par ses statuts (2).

Tantôt la prise de fausse qualité sera la manœuvre constitutive du délit de l'article 403, soit que l'escroc

(1) La loi du 17 mars 1905 sur les sociétés d'assurance sur la vie a supprimé l'autorisation du gouvernement, et y a substitué un système de déclaration dont le gouvernement peut refuser l'enregistrement : l'article 16 *in fine* décide que toute déclaration ou dissimulation frauduleuse, soit dans les comptes rendus, soit dans tous les autres documents produits au ministre du commerce, ou portés à la connaissance du public, est punie des peines prévues par l'article 403.

(2) Cass., 30 avril 1891, aff. de la Banque de Lyon et Loire. Cf. Garçon, *op. cit.*, art. 403, n^{os} 541 à 547.

s'adresse au public au nom d'un comité qui n'a jamais existé, soit que des fondateurs d'une compagnie d'assurances sur la vie la représentent comme régulièrement constituée, avec autorisation du gouvernement, alors qu'en l'absence de cette autorisation cette société n'a aucune existence réelle (1). Tantôt le simulacre de vérification des apports, avec le concours d'actionnaires complices, ou simplement du commissaire désigné pour faire le rapport à l'assemblée générale, l'intervention même du notaire prescrite par la loi, ou la remise frauduleuse d'un titre provisoire ou d'un certificat de propriété, enfin la publicité à outrance, par la voie de la presse ou de tiers complices, motiveront l'application de l'article 405 (2).

L'insertion de faits inexacts dans un journal appartenant notoirement à la société pourra constituer le délit prévu par l'article 15, § 1 de la loi de 1867 ; mais elle ne saurait suffire à caractériser l'escroquerie. En revanche, il suffira que la feuille soit d'apparence indépendante, pour que l'application de l'article 405 s'impose, l'intervention même supposée d'un tiers suffisant en jurisprudence à caractériser ce délit (3). Le concours

(1) Cass., 17 juillet 1862, D. 63.4.54 ; Cass., 9 mai 1879, D. 79.1.315.

(2) Cass. 6 février 1885, S. 85.1.232 ; Cass., 9 mai 1885, S. 85.1.522, et note de M. Ruben de Couder ; Cass., 4 juin 1869, D. 70.1.44 ; Cass., 4 avril 1862, D. 63.5.156.

(3) Seine, 21 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 23 juin 1901, affaire de la Société des mines d'or de la Watana ; Bruxelles, 24 avril 1900, D.01.2.127.

frauduleux de courtiers ne saurait, d'autre part, constituer la manœuvre de l'escroquerie, leur personnalité se confondant, en quelque sorte, avec celle des administrateurs ou gérants (1).

Une controverse célèbre, marquée par des revirements de jurisprudence, a porté sur le point de savoir si l'article 419 du Code pénal, qui réprime la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises, ou des papiers et effets publics, par voie de coalition ou par des moyens frauduleux quelconques, doit s'étendre aux actions des sociétés. La jurisprudence est aujourd'hui, avec raison, croyons-nous, fixée dans le sens restrictif (2). Mais, à défaut d'application à cette hypothèse de l'article 419 du Code pénal, la coalition frauduleuse entre les principaux détenteurs de titres, ou les opérations faites par la société elle-même sur ses propres titres en vue d'en fausser le cours, constituent les manœuvres prévues par l'article 405 du Code pénal (3).

II

Aux fraudes commises dans la constitution et au

(1) Cass., 4 avril 1862, D. 62.5.156 ; Seine, 9 juillet 1901, *Droit*, 9 août 1901.

(2) Affirmative : Cass., 19 mars 1883, D. 83.1.446, aff. de l'Union générale. — *Contrà* : Seine, 9 mars 1843, *Gaz. Trib.*, 10 mars 1843 ; Cass., 30 juillet 1885, *Rev. Soc.*, 85.596 ; Orléans, 17 février 1886, *id.*, 86.259.

(3) Cass., 22 mai 1887, D. 87.1.353, aff. demoiselle Guillermot et autres contre Banque de Lyon et Loire ; Rubat de Mérac, *op. cit.*, p. 393 et suiv.

cours de l'existence des sociétés par actions, il nous faut rattacher la question de l'escroquerie dite « *à la contre-partie* », qui, à l'aide de la tromperie sur la personne du vendeur ou de l'acheteur de valeurs mobilières, permet d'accréditer de faux renseignements donnés sur ces titres. Ce ne sont plus ici les agissements des gérants et administrateurs des sociétés anonymes, ou en commandite par actions, qui sont mis en cause, mais ceux des tenanciers de maisons de banque véreuses, spéculant sur l'ignorance des tiers en matière d'affaires de Bourse, et, sur la foi de faux renseignements, les engageant dans des marchés à terme, dont ils font la contre-partie, alors qu'ils se présentent comme intermédiaires. « Prévoit-elle sur le marché de Paris la baisse prochaine de telle ou telle valeur ? Aussitôt la maison qui fait la contre-partie, et qui a des titres en portefeuille, en conseille l'achat ; ou vice-versa, si elle prévoit la hausse, elle conseille la vente, pour acheter ; et le client qui croit donner des instructions au mandataire, ou suivre les avis d'un associé, livre en réalité son argent et sa confiance à un adversaire » (1).

Une jurisprudence unanime estime qu'en l'absence d'intention frauduleuse, la contre-partie n'est licite de la part du commissionnaire qu'autant que le commettant l'a spécialement autorisée : ce principe régit d'ailleurs aussi bien les opérations sur marchandises que

(1) Rapport de M. le conseiller Roulier, dans affaire Gaillard, Cass., 29 février 1896, D. 96.1.535.

sur valeurs (1). Mais, alors que l'intention frauduleuse existe, à quelles conditions pourra intervenir la loi pénale, et en particulier l'article 405 : telle est la question que nous devons maintenant nous poser.

Dans l'affaire qui donna lieu au rapport, précédemment cité de M. le conseiller Roulier, il s'agissait, selon les considérants de l'arrêt, d'une prétendue maison de banque annoncée au public par la distribution d'une brochure intitulée « l'art de gagner de l'argent à la Bourse », dont l'inculpé était le rédacteur financier ; cette brochure préconisait certaines opérations de Bourse, en indiquant les courtages usités dus aux intermédiaires. En réalité, la prétendue maison de banque n'effectuait, soit en Bourse, soit même en coulisse, aucune des opérations recommandées dans la brochure susvisée, mais se bornait à faire avec ses clients la contre-partie des ordres donnés par eux. Pour persuader à ceux-ci l'existence de la fausse entreprise, Gaillard leur adressait des avis d'exécution des ordres, et des bordereaux de liquidation relatant toute l'opération fictive, la somme due pour courtage, impôt et perceptions accessoires, destinés à faire croire à l'accomplissement d'une opération régulière. La Cour vit dans l'ensemble de ces faits les manœuvres carac-

(1) Rouen, 22 avril 1872, D. 73.2.599 ; Trib. comm. Seine, 5 juillet 1889, *Loi*, 24 juillet 1889 ; Paris, 4 mars 1891 et 21 décembre 1895, *Droit financier*, 1891, p. 325 et 1896, p. 115, et note sous jugement du Trib. de com. Seine de M. Lacour, D. 99.2.297.

térisant l'escroquerie ; mais il s'agissait, en l'espèce, d'opérations faites par une maison de banque dont le fonctionnement frauduleux des rouages constituait déjà la manœuvre exigée par l'article 405.

Si nous supposons maintenant qu'il s'agit d'une maison de banque édifiée sur des bases sérieuses, et se livrant néanmoins frauduleusement aux opérations de la contre-partie, l'envoi, par elle, d'avis d'exécution des ordres, et de bordereaux de liquidation relatant toute l'opération fictive, la somme due pour courtage, impôt, timbre, etc., ne saurait suffire à caractériser le délit d'escroquerie, à moins d'intervention simulée ou de complaisance d'un tiers, qui apposerait sa signature sur les pièces. Mais, à notre avis, ce fait révélant l'usage de la fausse qualité d'intermédiaire, considérée par une jurisprudence unanime comme moyen d'escroquerie, il y aurait lieu de faire application de l'article 405 à cette fraude (1).

A défaut d'escroquerie, le délit d'abus de confiance serait, semble-t-il, dans cette hypothèse, nettement caractérisé : des fonds ou des valeurs de Bourse sont

(1) En ce sens : Paris, 13 mars 1896, D.96.2.478 ; Cass., 16 février 1907, infirmant arrêt de relaxe de la Cour de Douai du 19 décembre 1905, *Gaz. Trib.*, 6 mars 1907. Dans ce dernier arrêt on relève les considérants suivants : « Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt que B... en se présentant à X... et Y... comme intermédiaire pour l'exécution d'ordres de bourse dont il faisait, en réalité, la contre-partie, s'est, à l'aide de cette *fausse qualité*, fait remettre par lesdits X... et Y... diverses sommes d'argent, et notamment des frais de courtage, qui représentent des négociations imaginaires. »

remis à titre de mandat à un banquier ; celui-ci se les approprie frauduleusement, en les détournant de leur destination, dans l'opération de la contrepartie, telle que nous l'avons résumée. En raison de l'inexécution du mandat dont il était chargé, le mandataire doit, en droit strict, restituer les titres ou les fonds dont il n'était que détenteur ; sa mauvaise foi, s'il ne remplit pas cette obligation, est rendue évidente par la simulation d'une opération régulièrement accomplie.

La fraude était analogue dans l'affaire de la Banque de la Caisse des chemins de fer. Le banquier Mirès, dans des opérations d'avances d'argent à des clients, contre remise de titres au porteur, avait traité de manière à laisser croire que les titres étaient l'objet d'un simple dépôt de garantie, et ensuite, au moyen d'une liquidation exécutée sans mise en demeure, et en arguant d'une vente fictivement opérée à une époque de baisse, avait détourné à son profit une partie du prix de la vente des titres, précédemment opérée à l'insu des titulaires, et à des cours supérieurs. La Cour suprême estima qu'il y avait escroquerie. « Ne faut-il pas, disait le rapporteur Faustin-Hélie, considérer comme des manœuvres frauduleuses le fait de ventes fictives, et le fait d'avoir annoncé comme vraie cette opération mensongère ? » (1) Tel n'est pas notre avis. Si les bordereaux mensongers ne révè-

(1) Cass., 28 juin 1862, D. 62.1.305 et suiv. ; voir rapport de Faustin-Hélie et réquisitoire de Dupin.

laient pas l'intervention simulée ou de complaisance d'un tiers, il y avait lieu d'appliquer, en l'espèce, non pas les pénalités de l'article 405, mais celles de l'article 408, qui répriment le délit d'abus de confiance, en supposant toutefois qu'en l'espèce le contrat intervenu présentât les caractères du dépôt, et non du cautionnement, dont l'abus n'était pas encore prévu en 1862 par le texte précité.

Telles sont les garanties qu'en cas de tromperie sur les conditions essentielles des contrats d'achat ou de vente de titres ou valeurs de bourse offre la loi pénale française. Le simple éloge démesuré d'actions de sociétés, le simple fait de les présenter faussement comme un placement de tout repos ne constitue pas le délit d'escroquerie. Contre les réclames, conçues en termes pompeux, des banques véreuses, avides d'écouler des titres qui n'ont que la valeur du papier, ou contre la propagande plus excusable des courtiers, les économies des naïfs ne sont pas suffisamment protégées. Ce serait peut-être ici le lieu de faire gagner du terrain au droit répressif aux dépens du droit indemnitaire, dont les sanctions sont, en cette matière, illusoires. Le législateur, en vue de la protection de la petite épargne, pourrait emprunter à la loi allemande sur les Bourses du 22 juin 1896 certaines de ses dispositions, notamment celle qui est relative à la publication illicite de cours de valeurs non admises à la cote, ou encore celle qui réprime les

agissements de ceux « qui habituellement et dans une intention de gain poussent autrui à des opérations de spéculation de bourse n'appartenant pas à sa branche professionnelle, en exploitant son ignorance ou sa légèreté ».

Les entremetteurs d'affaires louches se montreraient peut-être plus scrupuleux le jour où un texte analogue à l'article 79 de la loi allemande frapperait « les commissionnaires qui, au préjudice du patrimoine de leur commettant, donneraient, relativement à une affaire à conclure, un conseil ou une nouvelle sciemment inexacte, ou, dans l'accomplissement d'un ordre ou la liquidation d'une affaire, agiraient intentionnellement au désavantage du commettant » (1).

§ 3. — De l'escroquerie au contrat de prêt.

La loi ne punit pas l'emprunteur insolvable, fût-il de la plus entière mauvaise foi, et alors même qu'au moment de l'emprunt il aurait eu l'intention formelle de ne pas rendre, ou qu'il aurait su de façon certaine ne pas pouvoir rembourser à l'échéance (2). Mais, si pour faire croire à son honorabilité et à sa solvabilité, l'emprunteur fait intervenir un tiers, qui donne des renseignements faux

(1) V. *Annuaire de législation étrangère*, année 1896, traduction et notice de M. Thaller. Cette disposition n'est d'ailleurs qu'une variante de l'article 266 du Code pénal allemand, qui prévoit le délit d'infidélité.

(2) Cass., 30 mars 1905, *Bull. crim.*, 153.

sur cette honorabilité ou cette solvabilité, le délit d'escroquerie est nettement caractérisé (1).

Plus délicate est la controverse que soulève, au point de vue des applications respectives du droit pénal et du droit indemnitaire, la conclusion d'un contrat de prêt consenti à l'emprunteur, en raison de la remise d'un gage sans valeur par ce dernier. La Cour de cassation, par un arrêt du 4 mars 1898, rendu conformément, semble-t-il, à sa jurisprudence antérieure, décidait que le seul fait, par un individu, d'obtenir d'un tiers une somme d'argent, en lui présentant comme vrai un brillant qu'il savait faux, et en le lui remettant en garantie avec un acte de nantissement dans lequel il était affirmé par écrit que le brillant représentait une valeur supérieure au montant du prêt, ne saurait constituer la manœuvre caractéristique du délit d'escroquerie (2). Nous lisons, au contraire, dans les considérants d'un arrêt du 11 février 1904, rendu par la même Cour, que « la remise d'un titre en lui-même sans valeur ou frappé d'opposition, pour déterminer un prêt, représente essentiellement l'acte matériel et extérieur qui, lorsqu'il a eu pour objet de persuader au prêteur l'existence dans ses mains d'une valeur négociable, et de faire naître en lui l'espérance purement chimérique de la réalisation éventuelle du gage, constitue, s'il est accompli de mauvaise foi, une

(1) Lyon, 30 novembre 1893, *Loi*, 9 février 1894; Cass., 15 février 1894, *Pand. franç.*, 95.1.376; Limoges, 20 juin 1895, *S.* 95.2.175.

(2) Cass., 4 mars 1898, *D.* 99.1.59.

manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie, dans les termes de l'article 405 » (1).

Comme pour opérer la transition entre ces deux solutions contradictoires, en apparence du moins, la Cour de cassation, par un arrêt du 9 mars 1899, avait cassé, dans une espèce analogue, un arrêt de la Cour de Paris qui avait renvoyé l'inculpé des fins de la poursuite, en motivant ainsi sa décision : « Attendu que si la remise d'un gage sans valeur, faite en vue de déterminer un versement de fonds, ne constitue pas par elle-même la manœuvre frauduleuse qui est un des éléments essentiels de l'escroquerie, il en est autrement lorsque cette remise est faite en connaissance de cause pour tromper le créancier ; que l'arrêt attaqué aurait donc dû, pour justifier sa décision, déclarer qu'au moment de la constitution de gage, les actions de la Société de charbonnage avaient réellement la valeur qui leur était attribuée par V..., ou, tout au moins, que celui-ci était de bonne foi en la leur attribuant. . (2) ».

Ce dernier arrêt est faiblement motivé. Si, dans la conclusion d'un contrat de prêt, la mauvaise foi concomitante de la remise d'un gage sans valeur peut être considérée, selon les vues du législateur de 1810, comme révélant suffisamment l'intention d'escroquer la fortune

(1) Cass., 11 février 1904, D. 04.1.249, et note ; dans le même sens : Cass., 13 juillet 1884, Dalloz, *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 759. — V. également : Cass., 20 novembre 1903, D. 03.1.415, où la remise d'un gage est accompagnée de manœuvres.

(2) Cass., 9 mars 1899, *Rec. Gaz. Trib.*, 99.1.61.

d'autrui, c'est à la condition de voir dans la remise de ce gage, comme l'a fait l'arrêt du 11 février 1904, le fait extérieur qui corrobore le mensonge, tandis que les arrêts antérieurs avaient identifié la remise de la chose sans valeur avec le mensonge du prévenu, au point de n'y voir qu'une même allégation ou une réitération du mensonge.

Parmi ces solutions divergentes, où se trouve la bonne doctrine ? Sans assimiler d'une manière générale, au point de vue de l'application de l'article 405, la remise d'un faux brillant à celle d'un titre sans valeur, et bien que la vente d'une perle fausse pour fine, ou d'une montre en cuivre doré comme étant en or, en l'absence de manipulations frauduleuses de la part du vendeur, ne constitue pas le délit d'escroquerie, nous estimons que, dans le cas particulier du contrat de prêt sur gage, elles caractérisent l'une et l'autre ce délit : dans le cas de la vente, nous discernons un mensonge réel et non pas une manœuvre, tandis que dans l'hypothèse du prêt, la remise d'une sûreté réalisable et possédée par le prêteur constitue l'acte extérieur qui, aux yeux de la dupe, assurant le remboursement, détermine, avec plus d'efficacité encore que l'intervention du tiers, la conclusion du contrat (1).

M. Garçon fait observer, sans doute, « qu'on ar-

(1) Dans le même sens : Cass., 1^{er} février 1901, D. 03.5.240. (Il s'agissait d'un prêt consenti sur remise de bail fictif annulé par contre-lettre.)

rive ainsi à cette singulière conséquence que celui qui vendra comme vraie une perle fausse, ou comme étant en or une montre en cuivre doré, ne sera passible que d'une année d'emprisonnement, alors qu'on pourra appliquer cinq ans d'emprisonnement, si, au lieu de vendre ces objets, il les a seulement engagés » ; mais il ne paraît pas que cette objection soit un argument décisif contre la théorie à laquelle nous croyons devoir nous rallier (1). M. Garçon ne semble pas être partisan d'une définition plus large du délit d'escroquerie ; et cependant il résulte de la rédaction actuelle de l'article 405, que le vendeur de mauvaise foi qui ne livre pas la chose vendue, après en avoir touché le montant du prix, n'encourt que les sanctions du droit indemnitaire, tandis que la tromperie sur les qualités substantielles de la chose vendue, dont les conséquences sont évidemment moins préjudiciables que l'inexécution totale de la convention, est prévue par notre loi pénale.

Au surplus, nous estimons qu'en remettant un titre périmé ou frappé d'opposition, l'emprunteur fera usage, le plus souvent, vis-à-vis de l'autre partie, des fausses qualités de propriétaire ou de créancier qui justifieront l'application de l'article 405. Tel fut, semble-t-il, l'avis de la Cour suprême, lors d'un arrêt du 23 décembre 1887 : elle estima qu'il y avait escroquerie dans

(1) Garçon, *op. cit.*, article 405, n° 338.

le fait de l'individu qui avait obtenu un prêt de 90 francs à l'aide de mensonges, et en remettant en garantie une lettre de change de même valeur tirée sur un tiers, alors que cet effet n'avait pas de valeur, parce qu'il était loin d'être établi, ni même vraisemblable, que le tiers fût le débiteur du tireur, qu'en tout cas cette prétendue créance n'était pas liquide, et qu'enfin le tireur avait dû avouer qu'il savait que la traite ne serait pas payée (1).

Avec cette espèce, nous abordons la question de l'escroquerie aux effets de commerce fictifs. Nous croyons devoir la rattacher aux applications pratiques de l'escroquerie au paiement.

§ 4. — De l'escroquerie au paiement.

a) De l'escroquerie aux papiers fictifs. — La question de l'escroquerie aux effets fictifs se présente sous deux aspects différents, selon qu'il s'agit de la mise en circulation de traites dites de complaisance, ou de l'émission d'effets de commerce sans cause, ou tirés sur des tiers inexistants ou non débiteurs.

L'opération de complaisance, en matière d'effets de commerce, suppose l'acceptation d'une lettre de change ou la souscription d'un billet à ordre par un tiers qui n'est pas débiteur, et sait qu'il ne le sera pas à l'é-

(1) Cass., 23 décembre 1887, *Bull. crim.*, 444.

chéance. Quiconque, de mauvaise foi, se livre à ce trafic ou s'en rend complice, encourt les pénalités de l'article 405 du Code pénal, car la manœuvre par intervention de tiers est nettement caractérisée : doctrine et jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

La même solution s'imposerait, selon la majorité des auteurs, en ce qui concerne l'émission et la négociation d'effets de commerce sans cause, tirés sur des individus non débiteurs ou inexistantes, lorsque l'émission de la traite est effectuée avec la certitude que la provision n'existera pas à l'échéance, et que l'escompteur ou le tiers porteur ne touchera pas le montant de sa valeur.

Les partisans de cette thèse relèvent dans ces agissements « l'escroquerie, au moyen de la manœuvre par mise en scène, par la création d'une opération d'apparence sérieuse, faisant naître, en outre, plus que l'espérance chimérique exigée par l'article 405, mais bien une certitude » (2). Nous estimons, au contraire, que la seule émission ou négociation d'un effet fictif ne saurait être considérée comme une manœuvre frauduleuse. Mais nous ne partageons pas l'avis de M. Garçon, qui ne voit dans la mise en circulation ou la présen-

(1) Cass., 21 novembre 1879, *Bull.crim.*, 197 ; Cass., 11 novembre 1880, S. 81.1.436 ; Paris, 19 juillet 1865, S. 66.2.237 ; Lyon, 25 mars 1867, S. 68.2.75. — Autres manœuvres : Cass., 30 juin 1846, D. 46.4.270 ; Cass., 28 août 1880, S. 81.1.356.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 580 et suiv. — Dans le même sens : Dramard, *France judiciaire*, 1877, p. 324 ; Hémard, *Des effets de complaisance*, thèse de Paris, 1900.

tation à l'escompte de ces effets fictifs qu'un simple mensonge. Dès lors qu'il est établi que le tireur de mauvaise foi savait que la traite ne serait pas payée à l'échéance, faute de provision, il y a, à notre sens, escroquerie par usage de la fausse qualité de créancier (1).

Le système de la jurisprudence, malgré certaines divergences plus apparentes que réelles dans ces dernières années, est, qu'en l'absence de manœuvres indépendantes de la mise en circulation ou de la présentation de mauvaise foi de la traite à l'escompte, le délit d'escroquerie n'existe pas. Cette jurisprudence nous semble être logique, puisqu'elle n'admet pas, de manière générale, que la prise de la fausse qualité de créancier constitue un moyen d'escroquerie (2).

Un arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1897, confirmant un arrêt de la Cour de Paris, semblerait marquer, il est vrai, un revirement de jurisprudence. « Considérant, disaient les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel, confirmés par la Cour suprême, que, si la négociation de traites sur des individus non débiteurs, mais auxquels la provision peut être fournie ultérieurement, ne constitue pas, en principe, et bien qu'elle ait pu avoir pour effet de persuader l'existence

(1) En ce sens : Dorigny, *op. cit.*, p. 106 et suiv.

(2) Cass., 4 juillet 1845 et Rouen, 29 août 1845, S. 46.1.715 ; Cass., 20 août 1880, S. 81.1.135 ; Cass., 15 novembre 1888, D.89.1.386 ; Cass., 7 août 1847, S. 48.1.143 ; Alger, 13 avril 1877, S. 77.2.251 ; Paris, 17 mai 1888, S. 90.2.186 ; Seine, 16 juin 1897, *Pand. franç.*, 97,2.212.

d'un crédit fictif, l'emploi des manœuvres prévues par l'article 405, il en est différemment lorsque le négociateur de traites se voit au moment de leur création dans l'impossibilité absolue de fournir la provision, et agit avec l'intention certaine que, celle-ci ne devant pas exister à l'échéance, le paiement ne sera pas effectué... ; que, dans les conditions de fait où elle était effectuée, la passation par L... chez un banquier, qui lui négociait antérieurement son papier, de la série des traites fournies sur d'anciens clients, acheteurs de marchandises, mais qui ne lui devaient plus rien, ensemble la confection des bordereaux d'escompte, constituent des faits matériels de nature à donner force et crédit aux allégations mensongères... » (1). Si nous avons cru citer, partiellement du moins, les considérants de cet arrêt, c'est que nous voulions établir que, malgré sa hardiesse apparente, il ne va pas néanmoins jusqu'à considérer la seule présentation d'un effet fictif à l'escompte comme constituant à elle seule la manœuvre prévue par l'article 405. Il se contente, en l'espèce, du moindre fait extérieur, d'ailleurs très contestable en tant que fait extérieur, pour affirmer l'existence du délit d'escroquerie. Il confirme, en définitive, peut-être encore plus qu'il ne l'infirme, l'esprit de la jurisprudence antérieure. D'ail-

(1) Cass., 4 novembre 1897, D. 98.1.337 ; dans le même sens : Grenoble, 18 mars 1899, *Rec. Grenoble*, 1899. 278 ; Seine, 29 novembre 1901, *Gaz. Trib.*, 6 décembre 1901 ; Pau, 1^{er} février 1902, S. 1902.2.232.

leurs, en considérant même comme marquant un revirement de jurisprudence cet arrêt de la Cour de Paris confirmé par la Cour de cassation, et dont les motifs furent adoptés postérieurement par un certain nombre de Cours et tribunaux, il faudrait admettre que, devant la Cour suprême, il n'a pas eu de lendemain (1). La Cour de cassation, par un arrêt du 10 novembre 1899, a décidé, en effet, dans une espèce où elle aurait pu également, à la rigueur, discerner une manœuvre apparente, « qu'on ne peut considérer comme un élément constitutif du délit d'escroquerie le fait, par le prévenu, d'avoir fait escompter par des banquiers des traites tirées sur deux individus, qualifiés par lui d'entrepreneurs, alors que l'un de ces derniers n'existe pas et que l'autre n'est pas entrepreneur, et alors même que c'est cette fausse qualité d'entrepreneur ainsi attribuée aux tirés qui a déterminé le banquier à escompter les traites ».

L'opinion d'après laquelle la simple présentation de billets ou traites fictives ne constitue pas une escroquerie serait également, selon M. Garçon, affirmée par un arrêt de Cassation du 30 octobre 1903, qui a décidé « que la remise de chèques, même postdatés et sans provision préalable, à l'effet d'obtenir une décharge, ne saurait, à elle seule, constituer une manœuvre frauduleuse, selon le sens de l'article 403 du Code pénal » (2). Mais les considérants de cet arrêt s'appuient

(1) Cass., 10 novembre 1899, D. 1900.1.403.

(2) Garçon, *op. cit.*, art. 403, n° 389 ; Cass., 30 octobre 1903,

sur les termes de l'article 6 de la loi du 19 février 1874, en vertu desquels « celui qui émet un chèque sans provision préalable est passible d'une amende de 6 0/0 de la somme pour laquelle le chèque est tiré, sans que cette amende puisse être inférieure à 100 francs, *sans préjudice des peines correctionnelles, s'il y a lieu* ». « Attendu, lit-on dans les considérants de l'arrêt, que les peines correctionnelles dont l'application est réservée par l'article 6 ne sont encourues que dans les conditions prévues par l'article 405 du Code pénal, et que la remise de chèques, même postdatés et sans provision préalable, ne saurait à elle seule constituer une manœuvre, au sens de l'article 405. »

La Cour suprême interpréta fidèlement, dans cette espèce, la pensée du législateur de 1874, telle qu'elle nous est révélée par les travaux préparatoires de la loi. Mais la conception, erronée, à notre sens, du législateur de 1874 ne lie l'interprète qu'en la matière des chèques. La question des traites fictives n'a pas été prévue par un texte analogue. Si donc la logique exigerait qu'au point de vue pénal l'émission frauduleuse d'un chèque et d'une traite sans provision reçoivent le même traitement, l'état actuel des textes législatifs nous paraît commander une solution contraire.

En tout cas, pour faire taire les controverses, le be-

soin se fait sentir d'une disposition analogue à celle de l'article 579 du Code pénal de Belgique de 1867, qui soumettrait, soit aux pénalités de l'article 405 du Code pénal, soit à un châtiment moins sévère, « celui qui frauduleusement se serait procuré des fonds, des valeurs, ou décharges, au moyen d'un effet tiré sur une personne qui n'existe pas, ou qu'il savait ne pas être sa débitrice ou ne pas devoir l'être à l'échéance, et qui ne l'avait pas autorisé à tirer sur elle ». Une telle disposition ne consacrerait pas, ce semble, un nouvel empiètement du droit pénal sur le domaine rationnel du droit indemnitaire.

b) De l'escroquerie au paiement proprement dite.

— La question des billets de complaisance et des traites fictives n'est pas la seule qui mérite de retenir notre attention, dans la matière de l'escroquerie au paiement. Il est un fait, d'abord, qui s'y rattache étroitement, et dont la qualification soulève de vives controverses en doctrine et en jurisprudence : c'est celui qui consiste à se faire remettre un reçu, un billet, une décharge quelconque, sous le prétexte de les voir et de les examiner, et à s'en emparer sans payer. La qualification d'escroquerie ne se justifierait, en pareille hypothèse, que s'il y avait eu emploi de manœuvres frauduleuses, telle que celle notamment qui aurait consisté « à placer sur la table une bourse pleine pour faire croire à la sincérité de ses affirmations » (1). Cependant, même dans cette

(1) Cass., 4 septembre 1824, Dall., *Rép.*, V° *Vol et escrog.*, n° 797.

hypothèse, M. Garçon estime qu'il y a soustraction juridiquement réalisée, parce « que la seule détention du papier a été transmise au débiteur, sans possession civile, ni possession précaire ». Pour cet auteur, la qualification de vol s'impose (1). Tel fut également le plus souvent, en l'absence de manœuvres caractérisées, l'avis de la jurisprudence (2). A notre sens, dès qu'il y a remise volontaire de la quittance de la part du créancier, et détournement par le débiteur, le délit d'abus de confiance se trouve nettement caractérisé, par abus de dépôt ou de prêt à usage : l'absence de soustraction frauduleuse nous paraît exclure la qualification de vol (3).

De même que, croyons-nous, il n'y a pas lieu d'appliquer, sous la qualification de vol ou de filouterie, les pénalités de l'article 401 à l'individu qui achète avec stipulation de paiement immédiat, et disparaît subitement avec les marchandises achetées, sans les avoir soldées (4), de

(1) Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 429 et suiv.

(2) Cass., 31 mars 1855, *Bull. crim.*, 115 ; 11 janvier 1867, S. 67.1.306 ; 11 août 1899, *Bull. crim.*, 255 ; Paris, 29 janvier 1891, S. 92.2.57 ; Cass., 21 avril 1866, S. 67.1.91 ; Cass., 21 juillet 1882, D. 1883.1.274.

(3) En ce sens : Cass., 2 septembre 1837, S. 37.1.101, qui décida que le fait, par un individu, à qui des titres de créance ont été confiés pour les examiner et souscrire une obligation en échange, d'avoir retenu les titres, en refusant de souscrire l'obligation, ne constitue pas un vol, en l'absence de soustraction frauduleuse.

(4) Voir cependant : Nîmes, 15 décembre 1842, *Dall., Rép.*, V° *Vol et escrog.*, n° 670, qui estima qu'il y avait filouterie ; Cass., 11 décembre 1824, *id.*, qui appliqua les pénalités de l'article 405 à un individu qui, débiteur d'une somme de 450.000 francs pour la livraison de 70.000 piastres de rente espagnole, avait prié son vendeur, après

même, le refus de payer des marchandises achetées au comptant, en prétendant qu'il s'agit d'une vente à terme, ne saurait motiver, conformément d'ailleurs à l'interprétation jurisprudentielle la plus générale, les sanctions de l'article 403, en l'absence de manœuvres nettement caractérisées (1). Au contraire, constitue la manœuvre de l'escroquerie, le fait « de produire de mauvaise foi des lettres d'un tiers qui s'engage à escompter des traites et à verser les fonds immédiatement, ce qu'il refuse ensuite de faire, pour déterminer le détenteur d'un objet, qui ne veut le vendre qu'au comptant, à le livrer à crédit » (2).

Mais si, avec la jurisprudence, nous estimons que le seul fait, de la part d'un débiteur, de se faire remettre, contre une promesse de paiement ultérieur non réalisée, une quittance de sa dette (3), ou encore celui d'obtenir, de mauvaise foi, mais sans l'emploi de manœuvres frauduleuses, la restitution d'un gage, et d'affirmer mensongèrement ensuite le paiement de la dette, ne constituent pas le délit de l'article 403 (4), le fait par un

avoir payé un acompte de 1.500 francs, de venir toucher le reste dans les bureaux de son frère, et avait disparu.

(1) Bordeaux, 9 novembre 1843, D. 45.4.249.

(2) Cass., 4 décembre 1906, *Gaz. Trib.*, 9 décembre 1906 ; dans le même sens : Cass., 18 juillet 1845, D. 45.1.345 ; Cass., 8 sept. 1864, D. 65.1.104.

(3) Cass., 26 décembre 1840, *Dall., Rép.*, V° *Vol et escroq.*, n° 767 ; Cass., 10 mai 1850, D. 51.5.230.

(4) Cass., 2 décembre 1813 et 24 brumaire an VIII, *Dall., Rép.*, V° *Vol et escroq.*, n° 767.

créancier de retenir indûment un billet acquitté, et d'en poursuivre une seconde fois le paiement, nous paraît tomber, au contraire, sous l'application de la loi pénale, alors même que le billet serait resté en la possession de ce créancier par l'effet de la libre volonté du débiteur : la présentation de l'acte, indûment détenu, à l'appui de l'allégation mensongère, nous semble être l'acte matériel extérieur destiné à corroborer le mensonge (1).

c) *Des fraudes dans les comptes de monnaie.* — Des controverses nombreuses que soulèvent les multiples variétés d'escroqueries au paiement, nous ne devons pas séparer celles que font naître quotidiennement les agissements frauduleux dans les comptes de monnaie.

La réforme de 1863, en incriminant spécialement dans l'article 134 la coloration des « monnaies ayant cours légal en France ou des monnaies étrangères, dans le but de tromper sur la nature du métal », a mis fin partiellement à ces discussions.

On avait vu le tribunal de Hasselt (Belgique) rendre, sous l'empire du Code pénal français, une décision curieuse : il avait décidé que le fait par un acheteur d'obtenir des marchandises contre des pièces de cuivre, qu'il

(1) *Contrà* : Cass., 8 thermidor an XIII, Dall., *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 750 et Poitiers, 8 août 1867, S. 68.2.46. Nous estimons d'ailleurs que le fait par un individu de se faire sciemment payer deux fois une créance, alors qu'il en a été délivré quittance, constitue une escroquerie par usage de la fausse qualité de créancier (Metz, 26 mars 1827, Dall., *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 750).

avait blanchies pour les faire passer comme pièces d'argent, ne constituait pas le délit d'escroquerie, mais le délit de filouterie (1). D'autre part, une partie de la doctrine hésitait à approuver l'arrêt déjà cité de la Cour d'appel d'Aix qui, à bon droit, selon nous, avait appliqué l'article 405 à un individu qui, « ayant rendu à des pièces de 2 centimes leur premier lustre, en les frottant, avait remis une de ces pièces à une débitante pour acquitter le prix d'une consommation, en lui disant : « Payez-vous », et avait ajouté, sur interrogation : « C'est une pièce de 20 francs, rendez-moi le reste ». On ne pouvait pas cependant ne pas voir une manœuvre frauduleuse dans ce frottement intéressé de la pièce de monnaie. Quoi qu'il en soit, la loi de 1863 n'enlève pas tout intérêt à ces discussions, puisque, dans des espèces analogues, lorsqu'il s'agit de monnaies françaises n'ayant pas cours légal, il y a lieu, à notre sens, de recourir aux sanctions de l'article 405.

L'application de ce texte s'imposait également, croyons-nous, dans l'espèce suivante, où une Cour d'appel jugea qu'il y avait crime d'émission de fausse monnaie, et non pas délit d'escroquerie, alors que le faible préjudice rendait ridicule l'intervention de la Cour d'assises : un individu avait déposé dans la coupe d'une chanteuse une pièce de cinq francs qu'il savait fausse, et la somme de 4 fr.90 lui avait été, suivant les usages, rendue (2).

(1) Hasselt, 26 avril 1861, D. 62.3.16.

(2) Cour de Caen, 18 décembre 1889, S. 91.2.142.

Celui qui reçoit un paiement doit compter et vérifier les espèces qui lui sont remises. Ce n'est pas toute-fois une raison, à notre avis, pour refuser d'appliquer les pénalités de l'article 405 à celui qui, contre la remise de quatre pièces de cinq francs, remet une pièce neuve de 5 centimes, en affirmant que ce sou vaut 20 francs : la manœuvre est peut-être grossière, mais elle n'en est pas moins déterminante de la remise de décharge, et, par conséquent, elle est constitutive d'escroquerie. La Cour suprême s'est cependant prononcée en sens contraire (1).

Il est, au contraire, un fait qui, dans l'état actuel des textes, si répréhensible qu'il soit au point de vue moral, ne tombe pas sous l'application de la loi pénale : c'est celui qui consiste, de la part d'un créancier, à recevoir et retenir de mauvaise foi une somme d'argent supérieure à celle qui lui était réellement due (2). Dans une espèce déjà ancienne, la Cour suprême avait décidé qu'il n'y avait pas vol. Il n'y a pas davantage escroquerie, ni abus de confiance ; mais, dans une réforme du Code pénal, il y aurait lieu de prévoir ces

(1) Cass., 19 février 1880, S. 80.4.240 ; voir également : Cass., 23 août 1872, D. 72.4.288 ; Epinal, 6 avril 1900, *Rec. Gaz. Trib.*, 02.7, qui déclara, avec raison, coupable d'escroquerie l'acheteur qui, au moment du paiement, et en même temps qu'il feint de verser aux mains du vendeur la totalité de la somme réclamée, compte à haute voix, en manipulant la monnaie, une somme supérieure à celle qu'il verse en réalité.

(2) Cass., 14 novembre 1861, D. 62.1.56 ; Nancy, 7 avril 1856, D. 56.2.137.

agissements, soit en les englobant dans une définition plus large du délit d'abus de confiance, soit en créant un délit spécial, à l'instar d'un certain nombre de législations étrangères (1).

Avec la matière de l'escroquerie au paiement, nous avons terminé l'étude de la tromperie dans les contrats de vente et de prêt. Déjà nous avons pu remarquer que la mauvaise foi dans la passation et dans l'exécution d'un contrat sont confondues souvent dans une répression commune sous la qualification d'escroquerie. Parfois, en effet, la fraude commise dans le paiement est concomitante de la conclusion du contrat ; parfois elle surgit postérieurement, lorsque l'exécution des obligations d'une des parties est à terme. Dans ce dernier cas, lorsqu'il y a délit, la qualification d'abus de confiance, au sens large du mot, conviendrait mieux, semble-t-il, tandis qu'on dénommerait détournement, conformément à la plupart des législations étrangères, le délit spécial d'abus de confiance, tel qu'il résulte des termes de l'article 408 du Code pénal. « L'abus de confiance, a dit un auteur, est un délit d'un caractère plus général que l'escroquerie ; c'est-à-dire que, si toute escroquerie

(1) En ce sens : Péret, *De la réforme du Code pénal*, 1889, p. 64.
— Voir Code pénal de Belgique, art. 508, et Code italien, art. 420, § 3.

suppose un abus de confiance, tout abus de confiance ne suppose pas une escroquerie. (1) »

Le plus récent des Codes pénaux, le Code norvégien, réunit dans un même chapitre l'escroquerie et l'abus de confiance, mais, sous cette dernière qualification, nous reconnaissons le délit d'infidélité du droit allemand, dont nous exposerons ultérieurement la théorie (2). Quant à présent, nous nous bornerons à cette constatation, que l'infidélité dans l'exécution d'un contrat, entendue au sens vulgaire et non au sens technique, constitue, en droit français, l'escroquerie ou l'abus de confiance, selon qu'elle a pour but ou non de faire naître une situation juridique nouvelle entre le fraudeur et sa victime. « De toute façon, selon l'excellente définition de M. Planiol, ce qui se passe dans l'escroquerie a un caractère juridique ; la dation elle-même, et jusqu'à la simple remise de la possession, sont des accords ou conventions, des actes produisant des effets légaux » (3). L'abus de confiance, au contraire, tel qu'il est défini par l'article 408 du Code pénal, naît d'une situation juridique, légale parfois, le plus souvent conventionnelle ; cependant le fait retenu par la loi pénale n'est pas la création frauduleuse d'une situation juridique, mais « le détournement, simple fait matériel ».

(1) Tissot, *op. cit.*, t. II, p. 403.

(2) Code pénal norvégien, ch. xxvi, art. 270 et suiv.

(3) Planiol, *loc. cit.*, p. 614.

Avec l'escroquerie aux contrats d'assurance et de transport, nous rencontrerons la fraude constitutive d'escroquerie, aussi bien dans la passation que dans l'exécution du contrat ; avec l'escroquerie au mandat ou à la commission, et la tricherie au jeu, nous n'envisagerons le délit que dans l'exécution du contrat.

§ 5. — De la fraude dans les contrats d'assurance.

1

Nous ne prétendons pas revenir sur les fraudes dont les tiers peuvent être victimes de la part d'agents de Compagnies véreuses d'assurance : la fraude dans la conclusion du contrat d'assurance ou dans son exécution, tel est l'objet de cette étude. On reproche couramment à notre législation son insuffisance dans la répression de ce dol (1), et, à l'appui de cette critique, on cite notamment telle disposition du Code néerlandais qui prévoit spécialement le délit de tromperie dans la conclusion du contrat d'assurance (2) ; mais un rapprochement de ce texte avec la disposition générale qui réprime l'escroquerie nous en démontre l'inutilité, aussi bien

(1) Planiol, *loc. cit.*, p. 654 ; Garraud, *op. cit.*, p. 577.

(2) Art. 327 du Code pénal néerlandais : « Est puni d'un emprisonnement de six ans au plus celui qui, par des manœuvres frauduleuses, induit l'assureur en erreur sur des circonstances ayant rapport à l'assurance, en sorte que cet assureur forme un contrat qu'il n'aurait pas formé, ou qu'il aurait formé sous d'autres conditions, s'il avait connu le véritable état de choses. »

dans la législation pénale hollandaise, que dans la législation française.

D'autre part, les Codes pénaux allemand et hongrois (1) prévoient l'hypothèse spéciale du médecin qui aurait délivré sciemment sur l'état de santé d'une personne un certificat mensonger destiné à être produit devant une Compagnie d'assurance. Or il faut reconnaître que, dans la pratique, même dans notre droit, ces agissements tomberont sous l'application de la loi pénale : l'escroquerie, par intervention de tiers, sera caractérisée, et le médecin sera poursuivi comme complice du délit (2).

Les adversaires de notre législation, en cette matière, font encore observer « qu'il est une fraude assez fréquente des assurés contre les Compagnies d'assurance, qui consiste à faire périr par l'incendie ou le naufrage le bâtiment (maison ou navire) faisant l'objet de l'assurance, et qu'il n'existe dans nos lois aucune disposition spéciale destinée à réprimer ces fraudes, alors que la législation de l'escroquerie ne s'y applique pas » (3). Mais cette observation nous paraît être le résultat d'une inadvertance, en ce qui concerne l'incendie des immeubles, des navires, et même d'un cer-

(1) Art. 277 et 278 du Code pénal allemand, — 410 du Code hongrois.

(2) V. notamment : Douai, 19 décembre 1887, D. 89.2.125 ; Grenoble, 22 décembre 1904, *Journ. des Parq.*, 1905.296.

(3) Garraud, *op. cit.*, p. 577. — V. également art. 265 du Code allemand, qui prévoit ces hypothèses.

tain nombre de meubles, prévu par l'article 434 du Code pénal, dans des conditions qui paraissent viser, entre autres, les fraudes vis-à-vis des assureurs. Si on envisage les autres hypothèses, elle semble impliquer une erreur de raisonnement. « L'incendie, dit M. Garraud, n'est pas un fait imaginaire et rendu vraisemblable par des apparences trompeuses, c'est un fait réel : aussi quand l'assuré se présente devant l'assureur, et lui déclare le sinistre, il dit la vérité. Sans doute, en affirmant que cet incendie doit être attribué à une cause qui lui est étrangère, il trompe l'assureur. Mais ce n'est là qu'une allégation mensongère, qui ne relève pas de l'article 405 du Code pénal. »

Nous estimons, au contraire, que l'incendie même et le naufrage volontaires constituent des manœuvres frauduleuses, qui ont pour but de faire naître dans l'esprit de l'assureur la croyance à cet « événement chimérique », que la raison d'acquitter sa contre-prestation est survenue normalement, et de provoquer ainsi une remise de fonds (1).

II

La conclusion frauduleuse d'un contrat d'assurance maritime a fait naître, en doctrine et en jurisprudence, une controverse célèbre, provoquée par la rédaction

(1) Lyon, 19 juillet 1869, D. 71.2.90, a condamné pour escroquerie, en raison de manœuvres pratiquées par l'assuré, en cours d'incendie.

de l'article 368 du Code de commerce. L'article 365 du même Code décide que : « Toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés est nulle, s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat, l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés. » En dehors de cette sanction, une double satisfaction est encore accordée à la victime, sur le terrain du droit indemnitaire et du droit pénal. « En cas de preuve contre l'assuré, dit l'article 368, celui-ci paye à l'assureur une double prime.

« En cas de preuve contre l'assureur, celui-ci paye à l'assuré une somme double de la prime convenue.

« Celui d'entre eux contre qui la preuve est faite est poursuivi correctionnellement. » Une difficulté naît de la rédaction de cette disposition qui édicte des poursuites correctionnelles, sans renvoyer à aucun texte. Le Code pénal lui est d'ailleurs postérieur. L'escroquerie était, lors de la promulgation du Code de commerce, régie par la loi de 1791, qui permettait d'atteindre tous ceux qui, par dol, avaient réussi à escroquer tout ou partie de la fortune d'autrui. « Aucun doute, dit M. Planiol, ne pouvait naître sur le sens du renvoi fait par le Code de commerce à la loi qui régissait encore la police correctionnelle. » On aurait même pu estimer superflue cette indication, si la jurisprudence n'avait, dès la période intermédiaire, précédé le législateur dans la voie restrictive, en matière de qualification de délit d'escroquerie. M. Planiol estime que, « lorsqu'on fit plus

tard le Code pénal, en réduisant la portée de l'incrimination de l'escroquerie, on ne modifia pas implicitement la disposition spéciale du Code de commerce : celle-ci conserva donc toute sa vigueur par application de la maxime « *generalia specialibus non derogant* » (1).

Nous pensons, au contraire, qu'aussi bien sous l'empire de la loi de 1791, que du Code pénal de 1810, le renvoi de l'article 368 ne peut permettre la prononciation d'une peine que si les conditions légales du délit d'escroquerie se trouvent réalisées. Tel était le cas en 1807 ; mais la fraude des articles 365 et 368 du Code de commerce ne nous paraît pas aujourd'hui être de celles que prévoit l'article 405 du Code pénal (2).

Un arrêt de la Cour suprême du 10 juillet 1857 semble cependant avoir fixé la jurisprudence dans le sens contraire. « Attendu, dit-il, que cette disposition impérative de l'article 368 du Code de commerce ne peut être purement comminatoire, et conduit à l'application nécessaire et forcée des peines de l'article 405 du Code pénal. » Mais cette affirmation ne vaut certainement pas contre l'application de ce principe fondamental de notre droit « *Nulla pœna sine lege* ».

Nous ne saurions d'ailleurs approuver non plus l'argument, présenté par les juges de 1857, d'une assimilation, par le législateur, aux manœuvres frauduleuses

(1) Planiol, *loc. cit.*, p. 566.

(2) En ce sens : Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VI, n° 1126 ; Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 583.

de l'article 405, « d'une tromperie si grave », alors que les dispositions de l'article 405 sont postérieures à la rédaction de l'article 368 du Code de commerce. En réalité cette assimilation est l'œuvre contestable de l'interprète (1).

§ 6. — De la fraude dans les contrats de transport.

L'inexécution pure et simple des obligations résultant d'un contrat n'est, de manière générale, en l'absence de manœuvres frauduleuses, l'objet d'aucune répression pénale. Il n'en est pas de même, en cas de transport par chemin de fer : les articles 21 de la loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, et 63 de l'ordonnance royale du 15 novembre 1846, modifié par l'article 58 du décret du 1^{er} mars 1901, apportent à ce principe général une dérogation importante, et consacrent ainsi un recul du droit indemnitaire au profit du droit pénal. Ce dernier demeure néanmoins dans ses limites rationnelles, car l'individu qui voyage sans billet, par exemple, a certes conscience de causer préjudice à autrui, sans subir la loi d'aucun contrat (2).

(1) Cass., 10 juillet 1857, S.57.1.553, et rapport du Conseiller Bresson ; dans le même sens : Cass., 21 novembre 1873, D.74.1.135. — Hypothèses où la fraude était accompagnée de manœuvres : Cass., 2 janvier 1863, S.63.1.223 ; 2 juin 1864, S. 64.1.302.

(2) Art. 21 de la loi du 15 juillet 1845. « Toute contravention aux ordonnances royales portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation du chemin de fer, et aux arrêtés pris par les préfets, sous l'approbation du ministre des travaux publics, pour l'exécution desdites ordonnances, sera punie d'une

Cependant la portée de ces dispositions est discutée en doctrine et en jurisprudence. Elles ne devaient certainement pas, dans la pensée du législateur, avoir pour effet de faire échec au droit pénal commun, lorsque les circonstances de la cause en justifieraient l'application. Une circulaire de la Chancellerie du 25 juillet 1884, dans laquelle il était dit que l'individu voyageant sans billet pouvait être mis en arrestation, si ses agissements présentaient les caractères légaux du délit d'escroquerie, témoigne des intentions de ce législateur. Des auteurs prétendent néanmoins que, dès lors qu'il s'agit d'un des faits prévus par les textes précités, alors même qu'il serait aggravé par les manœuvres constituant normalement le délit d'escroquerie, la qualification qui paraît préférable est celle de contravention à la police des chemins de fer (1).

Un jugement du tribunal de la Seine avait décidé, justement, à notre sens, « que la fraude commise par l'individu qui a pris place dans un chemin de fer, en se présentant avec un billet de parcours gratuit délivré à

amende de 16 à 3.000 francs.

« En cas de récidive dans l'année, l'amende sera portée au double et le tribunal pourra, selon les circonstances, prononcer en outre un emprisonnement de trois jours à un mois. »

Art. 63 de l'ordonnance de 1846, modifié par l'article 58 du décret du 1^{er} mars 1901. « Il est défendu d'entrer dans les voitures sans avoir pris un billet, de se placer dans une voiture d'une classe supérieure à celle qui est indiquée par le billet et de prendre une place déjà régulièrement retenue par un autre voyageur. »

(1) En ce sens : Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 621.

un tiers, et en se faisant passer pour celui-ci, constitue le délit d'escroquerie ; qu'il y a lieu de punir comme complice du délit le titulaire du billet qui avait fourni sciemment le moyen de commettre la fraude » (1). On objecta que « le tribunal n'aurait pas songé à s'écarter de la jurisprudence qui considère cette fraude comme une simple contravention à la loi de 1845 et à l'ordonnance de 1846, s'il eût été saisi d'une poursuite dirigée exclusivement contre l'auteur principal de la fraude ; or les règles de la complicité étaient sans application aux infractions prévues par la loi de 1845, qui avaient le caractère de contraventions matérielles » (2).

En réalité, la jurisprudence est très divisée sur cette question du cumul du délit de l'article 405 et de la contravention à la loi sur la police des chemins de fer. Les jugements et arrêts rendus en cette matière sont quelque peu contradictoires. S'il fut décidé, à plusieurs reprises, contrairement au jugement précité, que le fait de prendre place dans un train en présentant un permis de parcours gratuit délivré à un tiers, et en prenant le faux nom de ce tiers, ne constitue pas le délit d'escroquerie (3), la jurisprudence considère, en général, que la prise de la fausse qualité de militaire, ou la présentation au guichet des pièces justificatives de cette qualité,

(1) Seine, 12 février 1867, D. 67.3.85.

(2) Note sous jugement précité.

(3) Cass., 6 mai 1863, D. 65.1.200 ; 3 janvier 1895, D. 95.1.374 ; Toulouse, 15 mars 1867, S. 67.2.139.

en vue de bénéficier du tarif réduit, tombe sous l'application de l'article 405 du Code pénal (1).

Si, d'autre part, des Cours d'appel (2) ont condamné pour escroquerie des individus qui avaient présenté aux employés des billets ne donnant droit qu'à un parcours moindre, soit en les disposant de manière à accréditer leur mensonge, soit en les falsifiant, un arrêt récent de la Cour d'appel de Toulouse du 25 octobre 1905 a décidé que le fait par un voyageur de modifier sur un billet de chemin de fer le nom du lieu de destination et le prix porté, afin de pouvoir, sans supplément de prix, se rendre à une station plus éloignée, constitue non le délit d'escroquerie, mais une contravention à la police des chemins de fer. Les motifs de cet arrêt reposent sur cette interprétation de l'article 405, déjà critiquée par nous, que, « pour qu'il y eût escroquerie, en l'espèce, il aurait fallu que la manœuvre frauduleuse employée par le prévenu eût précédé et provoqué la remise du billet » (3).

Les mêmes anomalies et les mêmes contradictions se retrouvent dans la jurisprudence relative aux fraudes dans les transports de bagages. L'inobservation des règles concernant la franchise des bagages, accessoire du

(1) Cass., 28 février 1889, S. 89.1.237 ; Paris, 2 décembre 1890, *Loi* des 2-3 janvier 1891 ; Lyon, 24 octobre 1904, *Pand. franc.*, 1905. 2.126.

(2) Nîmes, 13 novembre 1862, D. 64.5.134 ; Paris, 5 juillet 1878, D. 80.2.67.

(3) Toulouse, 25 octobre 1905, *Pand. franç.*, 06.2.79.

billet de place, et accordée au voyageur se transportant lui-même avec ses colis, ne saurait, en général, à ses yeux, motiver l'application de l'article 405, lorsque le fraudeur, ne voyageant pas, aura emprunté ce billet de place à des voyageurs pour faire enregistrer des colis(1). Cependant cette intervention de tiers qui ne saurait caractériser, pour la jurisprudence, l'escroquerie, lorsqu'il s'agit du concours d'individus n'ayant aucune attache avec la Compagnie, constitue, à ses yeux, ce délit, si un employé a coopéré à la fraude (2).

Nous approuvons, au contraire, sans réserve, la théorie jurisprudentielle qui ne voit qu'une simple contravention à la police des chemins de fer dans le fait « de déclarer inexactement la nature et la valeur des marchandises » (3). Le fraudeur ne fait usage, en la circonstance, que du simple mensonge.

§ 7. — De l'escroquerie au mandat et à la commission.

a) Des fraudes relatives au mandat proprement dit.

Nous ne reviendrons pas sur les manœuvres du contrepartiste, non plus que sur la fraude qui consiste à obtenir de personnes plus ou moins illettrées la signature

(1) Lyon, 25 février 1863, S. 63.2.9 et nombreux arrêts cités par Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 631 et suiv. ; — *Contrà* : Château-Thierry, 19 juillet 1861, D. 61.3.87, qui appliqua, pour filouterie, les pénalités de l'article 401.

(2) Paris, 17 et 24 février 1872, D. 74.5.79 ; Cass., 28 mars 1867 ; D. 67.1.510.

(3) Lille, 9 novembre 1905, cité par Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 635. — V. également : Poitiers, 23 janvier 1885, S. 87.2.15.

d'un transport de créance, sous l'apparence d'une procuration à l'effet de toucher le montant de celle-ci, ou la signature d'un contrat de vente, au lieu d'un contrat pignoratif, que l'escroc s'était chargé de faire dresser par un notaire (1).

C'est ici, au contraire, le lieu de relever une erreur jurisprudentielle, qu'une grande partie de la doctrine semble partager par inadvertance. On justifie, en général, l'indulgence relative dont le coupable d'abus de confiance bénéficie dans notre législation, en comparaison des voleurs et des escrocs, « par le moindre danger pour la propriété qui résulte de ce délit et par la criminalité bien inférieure de l'agent » (2). On considère « que la chose est entre les mains de l'agent ; qu'aucun obstacle matériel n'empêche celui-ci de se l'approprier ». L'hypothèse d'une intention frauduleuse concomitante de la remise des fonds n'est, en général, pas envisagée : les auteurs paraissent adhérer à cette distinction établie formellement par un arrêt, « que l'escroquerie diffère de l'abus de confiance, en ce que, dans ce dernier cas, la remise des valeurs confiées est entièrement spontanée, tandis que dans le premier cas cette remise ne s'obtient qu'à l'aide de manœuvres entachées de fraude, ce qui augmente à la fois le danger et la criminalité du fait » (3).

(1) Cass., 20 août 1852, D. 52.5.246 ; 23 février 1855, Dall., *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 825.

(2) Garraud, *op. cit.*, t. V, *Abus de confiance*, p. 627.

(3) Cass., 19 janvier 1837, Dall., *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 863. — Dans le même sens, Cass., 18 décembre 1833, *id.*, n^o 797.

Or cette distinction, exacte peut-être si l'on se place au point de vue d'une législation idéale, n'est pas fondée de la part des interprètes de la loi française, alors que le délit d'escroquerie, tel qu'il résulte des termes de l'article 405, n'est caractérisé que par l'emploi de manœuvres frauduleuses, l'usage de faux nom et de fausse qualité. Si, au moyen de simples allégations mensongères, et dans l'intention d'une appropriation frauduleuse, un individu, à la faveur d'un des contrats limitativement énumérés par l'article 408, a obtenu une remise de fonds, quel que soit le moment où se place l'intention frauduleuse, le juge ne doit appliquer que les pénalités du délit d'abus de confiance, et n'envisager pour la qualification que le fait matériel de détournement : le seul trait qui, au point de vue légal, marque la distinction des deux délits d'escroquerie et d'abus de confiance, est la création frauduleuse d'une situation juridique poursuivie par le premier, tandis que le second, quoiqu'il résulte d'un rapport juridique légal ou conventionnel, ne repose que sur le fait matériel d'un détournement.

Ainsi, d'après nous, la Cour suprême a bien jugé, lorsqu'elle a appliqué les pénalités de l'article 405 à un mandataire « qui avait fait figurer dans le compte réglé avec son mandant une somme faussement présentée comme ayant été payée à un tiers pour courtage de location, alors qu'il avait appuyé cet article de son compte de la production d'une quittance complaisamment fournie

par le tiers pour le succès de sa fraude », ou à l'huissier qui, pour se faire payer des frais qui ne lui étaient pas dus, avait inséré dans un dossier soumis à la taxe un acte qui n'était point relatif à la procédure, et s'était fait indemniser de frais imaginaires auxquels il n'avait aucun droit (1). En effet, dans ces deux espèces, nous relevons une manœuvre frauduleuse qui avait pour but de faire naître entre l'escroc et sa victime un rapport juridique constituant débitrice cette dernière.

Mais nous ne pouvons suivre la jurisprudence lorsque, sans se préoccuper de caractériser la manœuvre, et, parce que l'intention frauduleuse a précédé la remise des fonds, elle décide que « le notaire qui donne faussement à son client l'assurance qu'un tiers est disposé à lui ouvrir un crédit, qui se fait remettre des effets en blanc par ce client, après avoir pris soin de prévenir entre les parties tout rapport qui aurait révélé la fraude, et qui emploie ces valeurs dans un intérêt personnel », commet le délit d'escroquerie. Elle nous paraît encore faire fausse route, lorsqu'elle applique les pénalités du même délit « à l'officier ministériel qui, pour obtenir l'envoi d'une procuration à l'effet de se faire remettre une somme, persuade mensongèrement à son client qu'il a trouvé un emprunteur réunissant toutes les conditions exigées pour un bon placement,

(1) Cass., 2 décembre 1865, D. 66.5.481 ; 22 février 1877, D. 78.1.47 ; dans le même sens : Cass., 21 avril 1866, D. 66.1.414 ; 9 avril 1875, D. 76.1.44.

et qui, après avoir touché les fonds, les applique à ses besoins personnels (1) ».

Dans ces deux hypothèses, le délit d'abus de confiance était nettement caractérisé ; et aucune justification de la qualification d'escroquerie ne nous paraît, en somme, avoir été tentée. Cependant la jurisprudence ne se montra pas toujours aussi hardie dans cette interprétation erronée de l'article 405 : elle a décidé maintes fois qu'en cas de détournements commis par des officiers publics et ministériels, l'abus de qualité vraie corroborant des allégations mensongères constituait la manœuvre caractérisant l'escroquerie. Il y eut le plus souvent, devons-nous ajouter, application discutable de cette théorie ingénieuse (2).

b) De l'escroquerie à la commission.— Les controverses soulevées par la fraude communément dénommée « escroquerie à la commission » se rattachent également à cette création jurisprudentielle de l'abus de qualité vraie.

Le plus souvent, la jurisprudence a décidé que le voyageur ou représentant de commerce qui, en vue de toucher des commissions auxquelles il n'a aucun droit, affirme l'existence de fausses opérations par des lettres missives, auxquelles, pour confirmer ses dires, il joint

(1) Cass., 15 octobre 1849, D. 51.5.231 ; 25 février 1843, Dall. Rép., V^o Vol et escroq., n^o 764 ; Nancy, 28 avril 1856, D. 57.5.148.

(2) Cass., 22 février 1877, D. 78.1.47 ; Cass., 10 février 1855, Dall. Rép., V^o Vol. et escroq., n^o 753.

des notes fictives, billets ou bordereaux, ne se rend coupable, si ces pièces émanent de lui seul, que de mensonges écrits, sans encourir les pénalités de l'article 405 (1).

Cette jurisprudence est légitime, et nous ne saurions suivre dans ses considérants l'arrêt isolé de la Cour suprême qui a décidé que, « l'abus de la qualité vraie de mandataire imprimant à de telles allégations mensongères une gravité et une apparence de réalité propres à commander confiance », le délit d'escroquerie était nettement caractérisé (2).

§ 8. — De la tricherie au jeu et du charlatanisme.

« On ne veut pas, disait Troplong, rapporteur devant les Chambres réunies de la Cour de cassation, dans une affaire de tromperie au jeu au moyen de cartes bizeautées, que celui qui trompe au jeu soit un filou ; et c'est cependant pour lui que le mot filou a été inventé (3)... Dans l'étymologie, filou signifie « celui qui trompe au jeu ». De là on l'étendit à tous les vols commis par adresse des mains.

(1) Cass., 15 février 1889, *Bull. crim.*, 66 ; 30 mars 1903, D. 04.1.381 ; 17 juin 1904, *Bull. crim.*, 258 ; Cass., 16 janvier 1890, *id.*, 12 ; 8 février 1900, D. 1900.1.216. — Cas où des contrats fictifs ayant été produits, l'article 405 fut appliqué : Cass., 21 novembre 1902, *Gaz. Trib.*, 24 novembre 1902 ; 12 décembre 1874, D. 75.1.389 ; 10 décembre 1880, *Bull. crim.*, 230.

(2) Cass., 17 novembre 1866, D. 68.1.142. Dans le même sens : Limoges, 24 mai 1886, *Rec. Gaz. Pal.*, 86.2.475.

(3) V. sur l'étymologie du mot filou, et, en général, sur la tricherie au jeu : Dorigny, *op. cit.*, p. 347 et suiv.

« Eh bien ! je demande de quel droit on veut enlever à ce mot sa signification, dans l'article 401. Le mot filouterie y est pris dans son sens vulgaire, habituel, académique et légal. Il signifie les coupeurs de bourse, les enleveurs nocturnes de manteaux, et aussi ceux qui trompent au jeu ... Si l'abus de confiance a été démembré du vol, si l'escroquerie en a été démembrée, il n'en est pas de même de la filouterie, qui est restée vol, lors même que le filou use de moyens qui déterminent la dupe à remettre sa chose ; cette remise n'est pas incompatible avec le vol. »

Ce plaidoyer éloquent et habile, dont nous avons cru devoir reproduire les termes principaux, car les arguments essentiels des partisans de la qualification « filouterie », en cas de tromperie au jeu, s'y trouvent résumés, ne convainc pas les juges, et, sur les réquisitions conformes de Dupin, la Cour suprême décida « que la tromperie au jeu, commise dans une partie engagée sur parole, au moyen de cartes marquées ou bizeautées, constitue une tentative d'escroquerie, lorsque le jeu a été précédé d'artifices qui ont fait naître, et d'excitations qui ont entretenu des espérances chimériques, et que la perte a été suivie d'un règlement avec engagement verbal de payer, alors que ce n'est que par des circonstances indépendantes de la volonté du coupable que le paiement a été manqué » (1).

(1) Cass., 20 janvier 1846, D.46.1.66. — Dans le même sens : Cass.,

Telle n'était pas cependant, jusqu'alors, la solution qui triomphait en jurisprudence : les Cours et tribunaux reconnaissaient dans la tricherie au jeu le délit de filouterie. Depuis l'arrêt précité du 20 janvier 1846, on peut encore citer dans ce sens quelques décisions isolées de Cours d'appel et de tribunaux ; mais, en général, ils se sont ralliés à la doctrine de la Cour suprême, à une doctrine qui s'est encore accentuée dans le sens de la qualification d'escroquerie.

La qualification de filouterie était insoutenable. Sans attacher à l'expression « soustraction frauduleuse un sens magique », selon le mot de Troplong, il n'est pas contestable que cette soustraction est de l'essence du délit de vol et de ses variétés, de la filouterie entre autres. Or nous ne l'apercevons pas dans la tricherie au jeu.

En revanche, nous y discernons une escroquerie nettement caractérisée, non pas seulement, selon la doctrine de la Cour de cassation de 1846, « lorsque le jeu a été précédé d'artifices qui ont fait naître, et d'excitations qui ont entretenu des espérances chimériques », mais encore, lorsque, dans une partie engagée de plein gré par chacun des joueurs, l'un de ceux-ci, par une manœuvre frauduleuse, a fait pencher en sa faveur les chances du gain. Tel est l'avis de la jurisprudence actuelle, qui estime justement que, dans ce cas, naît chez

30 mars 1847, D. 47.1.168. — Voir également nombreux arrêts cités par Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 662 et suiv.

la dupe « l'espérance chimérique » d'acquitter une dette légitime.

On a contesté qu'un regard furtif, lancé de côté sur le jeu de l'adversaire, ou le calcul frauduleux des points, puisse motiver l'application des pénalités de l'escroquerie : tel ne semble pas être l'avis de la jurisprudence. Un jugement du tribunal de la Seine a décidé, notamment, que « dans les escroqueries résultant de tricherie au jeu, la manœuvre peut consister dans un simple geste impératif et silencieux » (1), qui se trouve ainsi assimilé, au point de vue de la qualification des faits, à l'emploi de cartes bizeautées, aux tours de main frauduleux du bonneteau (2), à la poucette du baccarat (3), voire même à l'entente délictueuse entre le propriétaire d'une écurie de courses et le jockey d'une autre écurie (4).

En étudiant les applications pratiques de la théorie française du dol criminel dans la conclusion des conventions, nous avons négligé certaines formes de l'escroquerie, qui ont cependant motivé de nombreuses décisions jurisprudentielles ; mais celles-ci n'ont le plus souvent que la valeur de solutions d'espèces. Nous dirons néanmoins quelques mots de l'escroquerie dite à

(1) Seine, 14 mars 1904, *Rec. Gaz. Trib.*, 04.2.129.

(2) Douai, 13 février 1901, *Gaz. Trib.*, 11 avril 1901 ; Lyon, 15 novembre 1905, D. 1906.5.12.

(3) Cass., 16 décembre 1882, D. 83.1.440.

(4) Cass., 14 mars 1896, *Bull. crim.*, 100.

la cartomancie ou à la bonne aventure, et du charlatanisme.

La spéculation, de mauvaise foi, sur la superstition des faibles d'esprit, qu'elle se produise sous la forme d'étalage de cartes pour y lire l'avenir, ou de somnambulisme par feinte de sommeil magnétique, constitue le délit d'escroquerie par mise en scène ; tandis que si le prétendu devin a été de bonne foi, il y a simplement lieu à l'application de l'article 479 § 7 du Code pénal, qui prévoit, comme simple contravention, les agissements de ceux « qui font métier de deviner et pronostiquer, ou d'expliquer les songes » (1). Parfois la jurisprudence a distingué, pour la qualification des faits, selon que la dupe s'était, ou non, rendue volontairement, sans qu'aucun effort eût été fait pour l'attirer, auprès de l'inculpé (2) ; mais ce critérium ne repose sur aucune base scientifique, et doit être repoussé.

Le charlatanisme pur et simple, avec ses annonces de méthodes ou de remèdes infailibles, par voie de prospectus, ne tombe pas, en principe, sous l'application de l'article 405 du Code pénal, selon une jurisprudence constante. La promesse de guérison, en l'absence de manœuvres nettement caractérisées, est un mensonge

(1) Cass., 30 mai 1857, D. 57.1.352 et arrêts cités par Garçon, *op. cit.*, art. 405, n° 686 et suiv.

(2) En ce sens : Toulouse, 10 février 1854, D. 55.2.45 ; Metz, 11 juillet 1855, D. 56.2.214 ; Metz 23 décembre 1857, D. 59.5.156.

pur et simple (1). Cependant nous estimons que la Cour suprême s'est montrée trop exigeante, lorsqu'elle a décidé que l'escroquerie n'est pas constituée par cela seul que le charlatan a pris la fausse qualité de docteur en médecine, alors même que l'usage de cette fausse qualité aurait eu pour effet de provoquer une remise de fonds (2).

(1) Cass., 21 juin 1855, D. 55.1.304, et Dall., *Rép.*, V^o *Vol et escroq.*, n^o 804.

(2) Cass., 2 avril 1897, D. 98.1.316. — Voir en sens contraire : Cass., 28 septembre 1865, D. 66.5.185, qui a décidé que le fait d'un individu, non pourvu d'un diplôme de médecin, d'annoncer et de pratiquer le magnétisme comme moyen curatif, n'est pas seulement une infraction aux lois qui régissent l'art de guérir, mais peut, lorsque la fraude s'y joint, constituer l'escroquerie.

APPENDICE

DE L'ABUS DES BESOINS, DES FAIBLESSES OU DES PASSIONS DU MINEUR. — DU CHANTAGE.

I

Dans la catégorie des fraudes commises dans la conclusion d'une convention semble rentrer le délit d'abus des besoins, des faiblesses ou passions des mineurs, qui, prévu par l'article 406 du Code pénal, figure à tort au titre de l'abus de confiance, puisque dans notre législation cette qualification vise plus particulièrement la fraude criminelle commise dans l'exécution d'une convention. Il ne s'agit d'ailleurs pas, en l'espèce, d'une tromperie, mais d'une fraude *sui generis*, que les Codes hongrois et italien, sous une qualification plus rationnelle et plus générale que la nôtre, rattachent au délit d'escroquerie (1), tandis qu'elle n'est, en réalité, dans

(1) Voir : Code hongrois, art. 385 ; Code italien, art. 415. — M. Garraud fait observer que « le législateur belge s'est rendu un compte exact de la nature de l'article 406, en prévoyant les deux cas d'usure dans les articles 493 et 494 ». Nous devons ajouter que l'article 494 du Code belge semble exiger, comme condition du délit d'habitude d'usure, d'une manière générale, « l'abus des faiblesses et des passions de l'emprunteur ».

notre droit, qu'une variété du délit d'habitude d'usure, prévu par les lois du 3 septembre 1807 et du 19 décembre 1850, et aggravé par la qualité de la victime dans l'hypothèse visée par l'article 406.

En cette matière, le législateur de 1810 innova. Aucune peine n'était portée antérieurement contre ceux qui abusaient des besoins ou des passions du mineur pour lui faire souscrire des actes préjudiciables à ses intérêts ; mais l'innovation fut maladroite. Le législateur ne songea, selon le mot du tribun Faure au Corps législatif, « qu'aux hommes sans pudeur qui se font payer plus cher leurs avances à raison des risques qu'ils courent ». Alors que l'exploitation éhontée des besoins et des passions du mineur peut être favorisée par toutes espèces de contrats onéreux, il n'a prévu que la souscription d'obligations, motivée par un prêt usuraire, en laissant même en dehors de ses prévisions l'engagement verbal (1). Que n'a-t-il adopté, sinon la qualification, du moins la large formule que nous trouvons dans le Code hongrois (2) : « Commet une tromperie, et sera puni d'après les distinctions établies dans ce chapitre, celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à autrui un bénéfice, abuse de l'inexpérience, de la légèreté ou des besoins d'un mineur ou d'une personne en curatelle, pour la déterminer à souscrire un

(1) Toulouse, 2 mai 1856, D. 57.2.84 ; Poitiers, 15 juillet 1887, D. 88.2.31.

(2) Article 385.

acte dans lequel, à son grave préjudice, elle contracte une obligation pécuniaire, dispose d'un droit ou libère autrui de tout ou partie d'une obligation pécuniaire. »

II

Lors de la discussion de la loi de 1863, qui créa le délit de « *chantage* », le commissaire du gouvernement crut devoir rattacher le nouveau délit, non pas à ceux qui ont leur source dans la violence, mais à ceux qui trouvent « leur origine et leurs moyens dans la fourberie ». Les faits prévus aujourd'hui par l'article 400 § 2 impliquent, au contraire, la violence morale, et non la ruse. Ils ont été rationnellement incriminés à la suite du crime d'extorsion de signature par la violence : leur examen ne rentre donc pas dans le cadre de cette étude.

De même la jurisprudence a sagement décidé que « le fait de la part d'une des parties d'avoir, à la suite de vente et échange, supprimé un acte sous seing privé, suppression qui aurait eu pour résultat de constituer l'autre partie débitrice d'une somme de 100 francs au-delà de celle qu'elle devait réellement, ne suffit pas pour constituer le délit d'escroquerie » (1). D'ailleurs ces faits constituaient le délit de destruction de titres, prévu par l'article 439 § 2.

(1) Cass., 28 décembre 1844, D. 45.4.248.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA DISTINCTION DU DOL CIVIL ET DU DOL CRIMINEL DANS L'EXÉCUTION DES CONVENTIONS

En dépit des termes de l'article 408 du Code pénal, et de la dénomination ambiguë du délit qualifié par notre Code « abus de confiance », et, plus clairement, « détournement » par le plus grand nombre des lois étrangères, il n'est pas de législation qui, dans la répression des fraudes commises dans l'exécution d'une convention, ou à sa faveur, se montre plus respectueuse que la nôtre de ce principe rationnel, que l'inexécution des obligations résultant d'une convention relève du droit indemnitaire, tandis que l'atteinte à la propriété appelle les sanctions de la loi pénale. Nous ne trouvons dans notre Code aucun délit qui rappelle, de près ou de loin, le délit d'infidélité des Codes allemand, hongrois et norvégien ; tandis qu'il se montre également inférieur à la plupart des lois étrangères dans la protection du créancier contre la mauvaise foi du débiteur insolvable et non commerçant qui, oubliant volontairement « qu'en s'obligeant, il oblige le sien », entend soustraire ses

biens aux poursuites. A défaut de l'extension de la faillite, et des pénalités réprimant les banqueroutes, aux non-commerçants, selon le principe admis par les législations anglo-saxonnes, il eût été sage, croyons-nous, de prévoir et de réprimer, à l'instar des Codes espagnol et portugais, entre autres, le délit d'insolvabilité dolosive.

CHAPITRE PREMIER

DU DÉLIT D'ABUS DE CONFIANCE.

I

Sous la qualification d'abus de confiance sont réunis quatre délits, dont le premier, l'abus des besoins, faiblesses et passions du mineur, à dénomination impropre, n'eût jamais dû figurer au rang des délits commis dans l'exécution d'une convention. Nous nous sommes occupé précédemment de cette fraude, prévue par l'article 406.

L'abus de blanc-seing, d'autre part, prévu par l'article 407, n'est qu'une variété du faux, réprimée moins sévèrement en raison de la remise volontaire de la signature par la victime, comme le détournement de la chose confiée est puni moins rigoureusement que le vol. L'examen de ce délit appellerait un certain nombre de remarques intéressantes, notamment au point de vue de la complicité ; elles ne rentrent pas dans le cadre de cette étude.

Nous croyons également devoir nous borner à la simple mention de la soustraction des titres, pièces et mémoires produits par une des parties dans une con-

testation judiciaire, délit réprimé par l'article 409 du Code pénal ; et nous abordons immédiatement l'étude de l'abus de confiance proprement dit, tel qu'il est défini par l'article 408.

II

« Quiconque, dit l'article 408, aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406 », c'est-à-dire « d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts qui seront dus aux parties lésées, ni être moindre de 25 francs. »

La rédaction de ce paragraphe paraît, *a priori*, en contradiction avec les principes rationnels que nous avons posés. Il semblerait, si nous nous laissions égarer par l'énumération limitative des titres de détention dont l'abus peut motiver une application de la loi pénale, que le législateur français ait entendu assurer l'exécution de certains contrats par des mesures répressives, tandis qu'il abandonnait la protection des autres créanciers

au droit indemnitaire. En réalité, c'est le détournement, commis à la faveur de certaines situations juridiques, et non l'inexécution de mauvaise foi d'obligations contractuelles, que ce législateur a voulu réprimer dans l'article 408. Et si, par trop esclave de la tradition, il a cru devoir emprunter aux anciennes jurisprudences leur théorie du « certain droit sur la chose » en faveur du détenteur, et punir ainsi moins rigoureusement le détournement que le vol, c'est, au contraire, à notre sens, une interprétation erronée des textes de la période intermédiaire et de 1810 qui rendit nécessaires les remaniements successifs de l'article 408 en 1832 et en 1863, et conduisit à croire que les auteurs du Code pénal avaient entendu protéger certains contractants, et non toutes les atteintes au droit de propriété commises par des tiers détenteurs ou possesseurs en vertu d'un contrat ou de la loi.

La loi de 1791 prévoyait, en ces termes, le délit d'abus de confiance : « Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres, emportant obligation ou décharge, et toutes autres propriétés mobilières qui lui auraient été confiées gratuitement, à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique (1). »

La loi de frimaire an VIII avait confirmé cette dispo-

(1) Art. 29, sect. II, titre II.

sition, et s'était bornée à substituer la peine de l'emprisonnement à celle de la dégradation civique.

L'article 408 primitif du Code pénal de 1810 « ne fut, selon l'expression de Merlin, qu'une nouvelle édition perfectionnée » des lois de 1791 et de frimaire an VIII. « Quiconque aura détourné, y était-il dit, ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de dépôt, ou pour un travail salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un emploi ou usage déterminé, sera puni des peines portées par l'article 406. »

Ce texte ne tranchait pas une controverse, soulevée déjà antérieurement, en jurisprudence, sous l'empire des lois de 1791 et de frimaire an VIII, au sujet de la signification de l'expression « remise gratuite à charge de rendre ou représenter ». Le mot dépôt devait-il être entendu, au sens étroit, tel qu'il est défini par l'article 1915 du Code civil, ou au contraire, *lato sensu*, comme synonyme de détention gratuite ? Cette dernière interprétation semblait légitime à Merlin. « Quelle différence y a-t-il, faisait-il observer, entre l'abus que fait le dépositaire, et l'abus que fait un mandataire des deniers qui leur ont été respectivement confiés ? Aucune. Le mandataire n'est pas plus propriétaire des deniers qui lui ont été confiés que le dépositaire.

taire ne l'est des deniers qui forment l'objet de son dépôt. Le premier commet donc, en s'appropriant les deniers qui lui ont été confiés, le même délit que commet le second en s'appropriant les deniers déposés entre ses mains Les seules expressions « *qui ne lui auraient été remis qu'à titre de dépôt* » sont donc applicables à l'un comme à l'autre. Cela est si vrai, que l'article 12 de la loi du 25 frimaire an VIII, dont l'article 408 du Code pénal n'est qu'une nouvelle édition perfectionnée, ne distinguait pas, à cet égard, entre le mandataire et le dépositaire (1). »

Merlin faisait encore observer « qu'en accolant les mots « *qui auraient été confiés pour un travail salarié* » aux expressions « *deniers, billets, quittances* », le législateur de 1810 avait entendu clairement désigner la gestion d'un mandataire comme les opérations manuelles d'un ouvrier ». Sur ce dernier point il eut gain de cause ; mais la Cour de cassation estima que le détournement commis par le mandataire gratuit ne tombait pas sous l'application de la loi pénale. Cependant, par un manque de logique, elle décidait, en même temps, jusqu'à un revirement fameux consacré par un arrêt des Chambres réunies du 17 mars 1841 (2), que la violation du prêt à usage rentrait dans les termes de l'article 408, par assimilation, soit au contrat de dé-

(1) Merlin, *Rép.*, V^o Vol, art. 408, t. 36, p. 431 et suiv.

(2) Cass., 18 juin 1835, 22 juin 1839, D. *Rép.*, V^o Ab. de conf., n^{os} 107 et 108 ; *Contrà* : Ch. réunies, 17 mars 1841, S. 42.1.941.

pôt, soit au mandat salarié ; tandis que, se fondant sur la disposition de l'article 2079 du Code civil, aux termes duquel le gage « n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci », elle considérait le nantissement comme un contrat mixte participant du prêt, quant à la chose prêtée, et du dépôt, quant à la chose donnée en nantissement, et faisait application des pénalités de l'article 408 au détournement du gage par le créancier (1). Sur ce point encore, d'ailleurs, la Cour suprême abandonna sa première jurisprudence.

Au surplus, Merlin lui-même, qui avait soutenu que le mandataire qui détourne les fonds qu'il avait reçu mandat de toucher pour le compte de son commettant se rend coupable, aux termes de l'article 408, d'abus de confiance, n'avait-il pas requis dans le sens de deux arrêts de la Cour de cassation des 12 et 20 mai 1814, qui décidèrent que le mandataire qui dissipe les fonds confiés par le commettant pour être remis à un tiers ne commet ni crime ni délit (2) ?

Ces incohérences et ces fluctuations dans l'interprétation d'un texte étaient, sans doute, le résultat de la rédaction défectueuse de l'article 408 primitif ; mais elles eussent pu être évitées, si la jurisprudence française, même sous l'empire du Code pénal, s'était crue

(1) Cass., 3 décembre 1818 (aff. Lefebvre), *D. Rép.*, V^o *Ab. de conf.*, n^o 112.

(2) Merlin, *loc. cit.*, p. 440.

autorisée à interpréter largement ce texte, ainsi que firent les tribunaux belges, et si, conformément aux considérants d'un arrêt de la Cour de Liège du 2 février 1860, « par le rapprochement de l'article 408 et des dispositions de la législation antérieure, et de la pensée même qui a présidé à la rédaction de cette partie du Code pénal », elle avait reconnu « que les mots à titre de dépôt y sont employés dans leur sens usuel et ordinaire, et comprennent généralement toute remise de choses mobilières à la charge de les rendre, ou d'en faire un emploi ou usage déterminé » (1).

Aujourd'hui, d'ailleurs, cette interprétation n'est plus possible, depuis les modifications votées en 1832 et en 1863. Le législateur, approuvé par une doctrine quasi-unanime, a clairement indiqué, par les modifications successives apportées au texte primitif, que chaque contrat mentionné dans l'article 408 devait être entendu dans son sens étroit. Au lieu d'avoir mis fin aux contradictions jurisprudentielles, en prévoyant, de manière générale, l'abus de détention, il a paru vouloir réserver les rigueurs de la loi pénale à la violation de certains contrats privilégiés. C'est ainsi qu'il a donné, en matière répressive, un regain de vitalité à la théorie

(1) Voir également, en matière de mandat, Bruxelles, 21 janvier 1827, *Pasicrisie Belge*, 27.31. — Cette jurisprudence nous semble même avoir exagéré la liberté d'interprétation, lorsqu'après quelques hésitations, avant la réforme de 1867, elle décida que le détournement des objets remis à titre de louage constitue un abus de confiance (*Pasicrisie Belge*, 53.446, *Belgique judiciaire*, t. XI, p. 4535 et 4606).

des contrats innomés, dont l'existence est aujourd'hui invoquée sans cesse, lorsqu'il s'agit d'échapper aux sanctions de l'article 408 du Code pénal.

En 1832, le législateur prévint, à la suite des titres de remise mentionnés dans le texte primitif de 1810, le détournement commis *à la faveur du louage, du mandat, ou du travail non salarié*. La loi du 13 mai 1863 compléta l'énumération de l'article 408 par les contrats *de gage et de prêt à usage*. Par ces deux lois, l'abus de confiance était qualifié crime « s'il était commis par un officier public ou ministériel, ou par un homme de service à gages, élève, clerc, etc... ». La rédaction définitive du texte devenait donc la suivante : « Quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406.

Si l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un officier public ou ministériel, ou par un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la réclusion. »

De ce texte, les conséquences suivantes résultent. « Détourner ou dissiper frauduleusement la chose d'autrui, voilà le caractère propre du délit. Un préjudice causé ou possible, telle est la seconde condition requise. Il faut ensuite que les objets détournés ou dissipés soient des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge. Il est nécessaire enfin que ces objets aient été remis au prévenu à l'un des titres indiqués par l'article 408. Si l'un de ces quatre éléments manque, il ne saurait y avoir abus de confiance ; mais le délit est constitué dès qu'ils sont réunis » (1).

En étudiant ces divers éléments, nous n'adopterons pas les divisions indiquées par M. Garraud. Nous estimons, au contraire, devoir réunir les questions du détournement et de son objet, ainsi que celle du préjudice ; tandis qu'un examen particulier nous paraît nécessaire en ce qui concerne le titre de la remise, dont la spécialisation modifie considérablement, sinon l'esprit du texte, du moins son aspect, et dans une certaine mesure, en jurisprudence du moins, son étendue normale d'application.

§ 1. — Du détournement.

a) *Détournement ou dissipation de la chose d'autrui.*
— « Quiconque aura détourné ou dissipé, dit l'article 408, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 629 et 630.

détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge. »

A notre sens, l'emploi des mots *détourner* ou *dissiper* ne constitue ni un pur pléonasme, ni une simple redondance. Détourner, c'est, selon la définition généralement acceptée, « distraire un objet de sa destination ». Mais nous ne saurions nous rallier à la définition donnée par MM. Garraud et Domenget de la dissipation, qui serait « l'emploi à une fin autre que celle qui avait été convenue d'une chose confiée dans un but déterminé » (1). La dissipation nous semble être plutôt la destruction ou l'anéantissement de la chose confiée par le détenteur, au mépris des droits du propriétaire (2).

Cette querelle de mots paraît, d'ailleurs, vaine auprès de la controverse soulevée par l'opposition de rédaction entre les articles 379 et 408 du Code pénal. Le premier de ces textes parle de soustraction frauduleuse ; et, en fait, la soustraction de la chose d'autrui ne constitue légalement un vol qu'autant qu'elle est expressément déclarée frauduleuse par les juges. Or, aux termes de l'article 408, si le détournement est l'élément essentiel du délit d'abus de confiance, il n'y est pas question de détournement frauduleux. Les auteurs, en général, et la jurisprudence en ont très logiquement induit « que la

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 630 ; Domenget, *De l'abus de confiance et ses éléments constitutifs*, *Rev. pratique*, 1872, t. XXXIV, p. 514 et suiv.

(2) En ce sens : Pénicaud, *De l'abus de confiance réprimé par l'article 408*, Thèse Poitiers, 1899, p. 32.

loi n'a pas exigé que les juges déclarent expressément frauduleux les faits de détournement ou de dissipation qu'ils constatent à la charge d'un mandataire, d'un dépositaire, d'un locataire ; ces faits impliquent la fraude, sans qu'il soit nécessaire de l'établir en la basant sur des agissements particuliers » (1).

Mais, si ces faits impliquent la fraude, lorsqu'ils motivent une condamnation, il doit néanmoins rester entendu que la dissipation ou le détournement ne deviennent des éléments du délit d'abus de confiance qu'à la condition d'être frauduleux. Il n'est même pas exact de prétendre, avec MM. Domenget et Garraud, « que le fait, de la part du prévenu, d'avoir appliqué à son profit personnel des choses qui lui avaient été confiées pour les garder et les rendre, est de nature à faire *présumer l'intention frauduleuse*, et, par suite, est un élément suffisant de condamnation, toutes les fois que les circonstances ne prouvent pas contre la présomption qui en résulte » (2). Ces auteurs invoquent, en faveur de leur théorie, une jurisprudence constante. Or, si nous nous reportons aux décisions elles-mêmes, nous nous apercevons que la Cour suprême a simplement décidé, à maintes reprises, et à juste titre, « que l'article 408, dont la rédaction diffère en cela de l'article 379, ne demande pas que le détournement qu'il punit soit déclaré frauduleux ; que si la bonne foi du prévenu ôte au dé-

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 636.

(2) Domenget, *loc. cit.*, p. 546.

ournement, lorsqu'elle existe, tout caractère de délit, elle est suffisamment écartée par le dispositif de l'arrêt qui déclare le demandeur, non seulement auteur, mais coupable du détournement à lui imputé », ou encore, « que si la fraude n'est pas formellement déclarée, elle s'induit, dans une mesure rigoureusement suffisante, du fait constaté en l'arrêt, dans les termes mêmes de l'article 408 » (1). La Cour suprême, en un mot, admet que la déclaration, par les juges du fait, d'une culpabilité de détournement implique, selon les termes mêmes de la loi, la fraude, sans qu'il soit besoin, dans les considérants du jugement ou de l'arrêt du moins, de l'établir en la basant sur des agissements particuliers. Mais, de là à admettre une présomption de fraude, il y a loin.

D'autres auteurs estiment que le mandataire ne détourne pas une somme par cela seul qu'il l'emploie à son usage personnel. Ils admettent que c'est au ministère public à prouver l'intention frauduleuse, mais donnent une solution différente en cas d'insolvabilité du défendeur au moment des poursuites : la présomption de bonne foi se transforme alors en présomption de mauvaise foi, qu'il appartient d'ailleurs à l'inculpé de combattre par tous les moyens utiles (2).

Nous croyons, au contraire, que la preuve de la mauvaise foi doit incomber, sans aucune exception, à

(1) Cass., 8 juin 1849, *Bull. crim.*, n° 131 ; Cass., 7 avril 1859, D. 59.5.6.

(2) Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. V, n°s 2272, 2274, 2277.

l'accusation, en matière d'abus de confiance comme de tout autre délit (1).

Les adversaires de cette thèse invoquent, en leur faveur, l'autorité de Merlin, que les partisans du droit commun leur abandonnent à tort. « Il n'est ni impossible, ni même difficile, dit Merlin, de fixer l'époque où naît l'action criminelle contre le mandataire qui s'approprie les deniers de son commettant : cette action naît à l'instant même où les deniers sont employés par le mandataire à son usage personnel... Il est constant, en théorie, que le délit a été commis au moment même où le mandataire, portant la main sur la caisse, a usé comme de son bien personnel de choses qui ne lui appartenaient pas ; et que si, ce qu'on ne fait jamais, on agissait envers lui avec toute la rigueur de la loi, on le punirait même après qu'il aurait rendu l'équivalent de ce qu'il a pris, comme on punit le voleur, même après qu'il a restitué l'objet soustrait frauduleusement... Pourquoi, du reste, ajoute-t-il, la pratique diffère-t-elle de la théorie ? Parce que le mandataire qui reçoit les deniers de son commettant n'est pas obligé de constater, et ne constate pas, en effet, les espèces dans lesquelles il les reçoit ; que lorsqu'il en représente l'équivalent, il est censé les avoir conservés en nature, tels qu'il les a touchés ; et que, par la raison contraire, lorsqu'il ne peut pas en représenter l'équivalent, il est censé ne les avoir

(1) En ce sens : Lévy, *Des éléments du vol, de l'escroquerie, et de l'abus de confiance*. Thèse Paris, 1885.

détournés à son profit qu'à l'instant même où son délit a été reconnu » (1).

On a vu dans ce passage un plaidoyer en faveur de la présomption de mauvaise foi, à la charge du défendeur, en matière de détournement. En réalité, Merlin ne semble s'être préoccupé que de déterminer le point de départ de l'action publique ; et il l'a justement placé, en théorie, « à l'instant où les deniers du commettant sont employés par le mandataire ». Mais, à notre sens, il supposait la preuve de l'intention frauduleuse faite selon le droit commun, comme tendrait, d'ailleurs, à le prouver la phrase suivante : « La pratique n'est pas tout à fait d'accord avec la théorie ; on sait bien que, dans la pratique, le mandataire qui s'est approprié les deniers du commettant n'est poursuivi par une action criminelle que lorsque, son insolvabilité venant à éclater, il se trouve dans l'impossibilité de rendre l'équivalent de ce qu'il a pris. »

La pratique elle-même a parfois donné raison, au surplus, à cette doctrine de Merlin, dont le bien-fondé, en théorie, ne nous paraît pas contestable. Il a été jugé, à plusieurs reprises, qu'abstraction faite de la solvabilité ou de l'insolvabilité de l'auteur de l'acte de détournement incriminé, il y avait abus de confiance de la part du mandataire qui avait frauduleusement dissimulé, pour s'abstenir d'en rendre compte, le recouvrement d'une créance effectué à l'aide d'un pouvoir donné par le

(1) Merlin, *op. cit.*, t. 36, p. 437.

créancier, ou, encore, que le délit pouvait être consommé par l'emploi même momentané des fonds par le détenteur, lorsque ce dernier n'était pas insolvable. Enfin, par un arrêt récent, dont les considérants ont été confirmés par la Cour suprême, la Cour d'appel de Paris a décidé que l'emploi, par le mandant, des fonds qui lui ont été confiés, alors qu'il n'ignore pas que, de cet emploi, peut résulter un préjudice pour les commettants, justifie l'application des peines de l'article 408 du Code pénal, sans qu'il soit nécessaire qu'aucun préjudice réel ait été subi par ces derniers (1).

Telle est, en effet, croyons-nous, la vraie doctrine. L'impossibilité de restituer ne saurait être considérée comme le seul critérium de la fraude. Si l'on doit reconnaître que le détournement punissable ne date pas nécessairement du jour où le mandataire conserve, pour les approprier à son usage personnel, les deniers qui lui ont été remis à charge d'en faire un emploi déterminé, il ne faut pas dire, selon les termes d'un arrêt de la Cour de Metz, « qu'il n'y a réellement consommation du délit que le jour où le préjudice causé au mandant se réalise d'une manière apparente et contradictoire par la réclamation infructueuse du mandant, à laquelle le mandataire oppose, soit la dénégation du mandat, soit le refus ou l'aveu de l'impossibilité du paiement » (2). La

(1) Cass., 11 juin 1858, D. 58. 5. 5 ; Cass., 11 octobre 1854, S. 54.1.830 ; Paris, 18 juillet 1906, *Pand. franç.*, 1906.2.314.

(2) Metz, 27 novembre 1856, S. 58.2.43.

violation du contrat peut ne devenir évidente qu'à ce moment, mais la consommation du délit peut être antérieure, et, si le point de départ de la prescription peut ne courir, dans telle espèce, que du jour de la sommation de restituer, c'est en raison de l'impossibilité de fixer le moment précis où la consommation des deniers, dans une intention frauduleuse, s'est produite.

Le délit d'abus de confiance n'est, en effet, en aucun cas, un délit successif ; et nous ne saurions approuver la distinction suivante établie par M. Garraud : « Une distinction, dit-il, nous paraît s'imposer, suivant que le contrat intervenu entre le prévenu et la victime implique consignation d'un objet qui doit être remis en nature, ou porte sur des choses fongibles, particulièrement sur des deniers. S'il s'agit d'un louage de corps certains, d'un prêt à usage, d'un dépôt d'objets spécifiés, le délit est commis au moment où l'agent fait acte d'appropriation définitive, où il vend, où il donne, par exemple, les effets qui lui ont été confiés... Mais, dans le second cas, la fraude ne peut régulièrement se constater par elle-même ; elle ne peut que résulter du défaut de restitution, et ainsi le délit n'existe qu'alors que la restitution est déniée ou est devenue impossible par l'insolvabilité, apparente ou réelle, du débiteur » (1).

Cette théorie nous paraît têtre juridiquement inexacte. Il n'est pas vrai de prétendre « qu'en thèse générale, le

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 632.

refus de répondre à la mise en demeure de restituer devient un élément constitutif de l'abus de confiance, et en précise la date », même avec ce tempérament admis par M. Garraud, « qu'il doit être entendu que si, en dehors de la mise en demeure de restituer, on peut établir à la charge du prévenu, par des preuves directes et distinctes de son refus, l'existence d'un acte d'appropriation définitive des effets spécifiés qui lui ont été confiés, c'est à la date de cet acte que le délit est constitué, parce que c'est à la date de cet acte qu'il est consommé ».

Il semble peu logique, en effet, de voir dans le refus de répondre à la mise en demeure un élément du délit d'abus de confiance, alors qu'il ne constitue que le moyen le plus sûr de prouver la consommation du délit dans un certain nombre de cas.

Entre les deux théories exposées, la jurisprudence n'a pas su choisir : tantôt elle décide que le délit d'abus de confiance n'est légalement établi que quand, sur une sommation ou une mise en demeure, il y a refus de restituer de la part de celui à qui les objets ont été remis ; tantôt elle admet qu'une mise en demeure n'est nécessaire pour fixer le point de départ de la prescription qu'autant que l'époque où le détournement a été consommé est indécise ou incertaine. Seule cette dernière solution nous paraît juridique (1).

(1) Dans ce sens : Cass., 14 mars 1862, D. 63.1.98 ; 24 juin 1869, *Bull. crim.*, n° 153 ; 28 août 1879, S. 80.1.830 ; 3 janvier 1863, D. 65.5.5 ; Cass., 3 janvier 1895, D. 95.1.377 ; Cass., 5 décembre 1898,

b) *Du préjudice réel ou possible.* — Le détournement, sous quelque forme qu'il se manifeste, doit, aux termes de l'article 408, être commis au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs : la jurisprudence a assimilé avec raison à ces différentes catégories les individus qui, sans avoir la qualité de propriétaires, possesseurs ou détenteurs, ont un droit acquis sur la chose par suite d'une désignation nominative (1).

Il n'est pas douteux qu'en vertu des articles 63 et 64 du Code d'instruction criminelle les créanciers puissent se constituer partie civile, ou saisir directement le tribunal correctionnel ; mais le dommage subi par ces personnes ne saurait justifier une application de l'article 408, en l'absence d'un préjudice distinct causé aux propriétaires, possesseurs ou détenteurs.

L'existence ou la possibilité de ce préjudice suffit d'ailleurs à caractériser le délit, sans que les juges aient à se préoccuper de l'intention du coupable de tirer profit du détournement. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Nancy a pu, justement, à notre avis, condamner pour abus de confiance un individu qui, chargé de transporter une assez grande quantité de bois de chauffage de la

D. 99.1.611 ; Cass., 26 mai 1906, *Pand. franç.*, 1906.1.273. — *Contrà* : Cass., 4 novembre 1870, D. 70.1.383 ; 9 juillet 1898, D. 1900.1.115 ; 21 octobre 1904, *Journ. Parq.*, p. 377, et nombreux arrêts cités dans le *Code annoté d'instr. crim.* de Dalloz sous les art. 637 et 638, nos 119 à 140.

(1) En ce sens : Garraud, *op. cit.*, p. 386 ; Cass., 18 août 1877, S. 80.1.234. — Voir également Boué, *De l'abus de confiance*. Thèse Paris, 1899, p. 78.

forêt à la ville voisine, en avait dissimulé une partie dans les ravins et fourrés pour diminuer le poids à porter » (1).

c) *Objet du détournement et de la dissipation.* — Par les mots « effets, deniers, marchandises », sur lesquels, aux termes de l'article 408, peut porter le détournement, il faut entendre toutes choses mobilières qui sont dans le commerce.

Au contraire, en ce qui concerne les écrits, seuls les « billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge », peuvent être l'objet d'un abus de confiance, au sens juridique du mot. La réparation du préjudice moral pouvant résulter du détournement de tous autres écrits est abandonnée au droit indemnitaire (2).

Nous estimons, en revanche, que l'article 408 doit être appliqué alors même que les effets ou marchandises confiés, de même que les billets ou quittances, auraient, entre les mains du propriétaire ou possesseur, une origine illicite ; les vices de la propriété d'autrui ne sauraient, en cas d'appropriation frauduleuse de celle-ci, être une cause d'atténuation de la répression, ni surtout un motif d'immunité (3).

(1) Nancy, 30 novembre 1858, S. 59.2.168. — Dans le même sens, Paris, 9 février 1893, *Gaz. Trib.*, 10 février 1893.

(2) Cass., 21 mai 1896, D. 96.1.592.

(3) En ce sens : Cass., 9 juillet 1857, S. 58.1.249, dans une affaire de détournement de cigares de contrebande.

C'est ainsi qu'à notre sens, dans les opérations de compte à-demi consistant dans la présentation à l'escompte d'effets de complaisance, la nullité de ces valeurs créées sans cause légitime, bien qu'opposable par tous tiers intéressés, n'empêche pas que celui qui a reçu les effets pour les escompter dans l'intérêt commun des deux parties ne doive être, au point de vue de l'application de l'article 408, considéré comme le mandataire de celui qui les lui a confiés, et ne soit tenu de lui rendre compte à ce titre, soit desdites valeurs, soit de la somme réalisée, sous peine d'encourir les pénalités de l'article 408. Il y a lieu de faire application dans cette hypothèse, selon les considérants d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, de l'article 1993 du Code civil, aux termes duquel « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu, en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût pas été dû au mandant ». Telle est d'ailleurs, semble-t-il, l'opinion la plus généralement admise en jurisprudence (1).

Cependant la thèse adverse triompha parfois devant les tribunaux, et un jugement du tribunal de la Seine du 20 mars 1899 décida notamment « qu'il résulte des principes que la remise d'effets de complaisance ou toute autre convention concernant les dits effets ne peut

(1) Paris, 16 janvier 1900, *Loi*, 17 novembre 1900 ; dans le même sens : Paris, 5 août 1899, *Rec. Gaz. Trib.*, 1900, 2.308 ; Seine, 3 avril 1904, *Gaz. Trib.*, 3 mai 1904.

constituer en droit entre les parties de mauvaise foi l'un des contrats prévus concurremment par le Code civil et l'article 408 du Code pénal, alors surtout que les règles du droit civil sont applicables à la preuve du délit d'abus de confiance ; que, par conséquent, le ministère public même, en vertu de son droit supérieur, ne peut être plus fondé que la prétendue victime à exercer des poursuites pénales, à raison d'un délit dont la preuve ne peut être juridiquement rapportée, et qui d'ailleurs n'existe pas légalement ; que, si l'instance correctionnelle à la requête du ministère public était admise, il faudrait nécessairement connaître en faveur de la victime le principe légal d'un préjudice possible, et par suite le droit à des dommages-intérêts, et celle-ci pourrait obtenir indirectement ce que la loi lui refuse directement » (1). Cette argumentation nous semble spécieuse ; car le mandataire de mauvaise foi actionné, dans cette hypothèse, devant la juridiction civile, en vertu de l'article 1993, ne serait pas fondé à opposer la nullité du mandat : ce serait d'ailleurs le cas d'invoquer l'adage « nemo auditur turpitudinem suam allegans ».

Au surplus, la Cour suprême a, maintes fois, décidé que le détournement ou la dissipation d'une chose con-

(1) Seine, 20 et 21 mars 1899, *Gaz. Trib.*, 7 mai 1899 ; 3 janvier 1900, *Loi*, 17 novembre 1900 ; 7 août 1900, *Rec. Gaz. Trib.*, 1900.2.308. — Dans ce sens : Hémard, *Des effets de complaisance*, Thèse Paris, 1900.

fiée en exécution de l'un des contrats spécifiés dans l'article 408 du Code pénal constitue un abus de confiance, quoique ce contrat soit nul (1).

§ 2. — De la remise de la chose.

a) L'élément du délit d'abus de confiance qui le distingue du vol est la remise par la victime de l'objet du détournement. Cette remise peut se manifester non seulement par une tradition matérielle, mais aussi par une tradition feinte, *brevi* ou *longa manu* : c'est ainsi, par exemple, que le fait par un individu de poursuivre le souscripteur de billets qu'il n'a conservés qu'en dépôt par suite de leur renouvellement, et qu'il était, dès lors, tenu de rendre ou de restituer, constitue un abus de confiance (2).

Mais une tradition, réelle ou feinte, est nécessaire. C'est ce que décida notamment la Cour suprême dans un arrêt célèbre du 17 août 1843. La Cour d'Orléans avait condamné pour abus de confiance un fermier qui, après s'être obligé par son bail à fumer les terres affer-

(1) Orléans, 23 mars 1847, D. 47.4.327 ; Cass., 9 juillet 1857, D. 57.1.379 ; Cass., 4 novembre 1869, D. 70.1.383.

(2) Seine, 12 mars 1901, *Rec. Gaz. Trib.*, 1903.4.1. — De même le vendeur qui détourne les objets vendus, dont il est resté détenteur jusqu'à la fixation ou le paiement ultérieur du prix, commet le délit d'abus de confiance, du moins, dans le premier cas, lorsqu'une stipulation expresse transmet immédiatement la propriété des objets à l'acheteur (Angers, 13 juin 1870, S. 70.2.224 ; Cass., 24 juin 1859, S. 59.1. 964).

mées de tous les engrais qu'il produirait par la consommation des pailles et fourrages provenant des récoltes, sans pouvoir en vendre ni divertir aucune partie, et à laisser sur la ferme, à la fin du bail, tous les empailllements non consommés, en avait détourné frauduleusement une partie : cet arrêt fut cassé. « Attendu, lit-on dans les considérants de l'arrêt de Cassation, qu'il est reconnu par l'arrêt attaqué que l'une des conditions essentielles du délit d'abus de confiance est la remise effectuée dans les mains du prévenu de l'objet ultérieurement détourné, mais qu'il a considéré comme ayant pour effet, dans l'espèce, de suppléer à l'accomplissement de cette condition une stipulation de bail, en vertu de laquelle le preneur était autorisé à faire consommer par ses bestiaux les pailles provenant des récoltes annuelles de la ferme ; qu'en attribuant à cette clause, par lui qualifiée de remise anticipée, le caractère de la tradition exigée par l'article 408, cet arrêt a substitué une fiction à la réalité et incriminé à tort, comme constituant un acte susceptible d'une répression pénale, un fait d'inexécution du bail qui était exclusivement régi par les principes de la loi civile, casse, etc. » (1).

(1) Cass., 17 août 1843, D. 44.1.81 ; Toulouse, 8 mars 1894, *Le Droit*, 22 septembre 1894. — La loi du 1^{er} mars 1898 a réglementé le nantissement des fonds de commerce ; cependant, bien que, depuis la loi de 1863, le nantissement rentre, d'une manière générale, dans la catégorie des contrats que vise l'article 408 du Code pénal, la protection de ce texte ne saurait s'étendre au nantissement des fonds de commerce, qui n'exige pas le dessaisissement du débiteur, mais constitue, en quelque sorte, un gage différé, une hypothèque

b) Plus délicate est la question que fait naître le caractère volontaire ou forcé de la tradition. La Cour de cassation a décidé, à maintes reprises, que celui qui se fait remettre un reçu, un billet, une décharge quelconque pour les voir et examiner, et qui s'en empare sans payer, commet un vol. « Cette communication, dit un arrêt, est souvent indispensable à l'exécution du paiement ; il n'en résulte aucune faute qui soit imputable au possesseur » (1).

Nous ne saurions admettre cette distinction entre la remise volontaire et la remise forcée. Dès lors que le débiteur ne s'est pas saisi lui-même du billet ou de la quittance, il n'y a pas soustraction frauduleuse, ni, en conséquence, délit de vol. « Mais, objecte M. Garçon, le créancier qui livre la pièce à son débiteur, à titre de simple communication, ne lui en transfère ni la possession civile, ni la possession précaire, mais une simple détention, pur fait qui n'exclut pas la soustraction. »

mobilière. A notre sens, pour que les pénalités de l'abus de confiance fussent applicables au commerçant qui, ayant donné en nantissement son fonds, se serait dessaisi néanmoins, en fraude des droits du créancier, d'un des éléments du fonds, il eût fallu qu'une disposition analogue à celle de la loi sur les warrants agricoles prescrivît cette application. — Voir art. 13 de la loi du 18 juillet 1898, sur les warrants agricoles, ainsi que : Cass., 16 juin 1903, D. 1904.1.447 ; Marseille, 14 janvier 1904, *Le Droit*, 24 juin 1904.

(1) Cass., 11 janvier 1867, S. 67.1.306 ; dans le même sens : Cass., 31 mars 1855, *Bull. crim.*, 115 ; 11 août 1899, *Bull. crim.*, 255 ; 16 mai 1903, *Bull. crim.*, 180 ; Paris, 29 janvier 1894, S. 92.2.57, et arrêts cités par Garçon, *op. cit.*, article 379, n° 154. — Voir critique de cette théorie par Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 394 et 395.

Cette différence, marquée entre la possession précaire et la détention, ne nous paraît reposer sur aucune base juridique : la possession elle-même est un pur fait matériel, d'où résultent, à la vérité, des effets de droit ; mais les expressions possession précaire et détention caractérisent les mêmes situations de fait.

La communication de titres ou d'objets, en vue d'un simple examen, suppose toujours une retenue de ceux-ci, durant quelques instants, par celui auquel elle a été faite. La réception de la chose existe parfaitement, dans ces conditions, comme élément du délit d'abus de confiance. Tel est l'avis de M. Garraud, qui ajoute, à la vérité, « pourvu que la convention ait le caractère de dépôt ou de prêt à usage » (1) ; mais cette dernière observation se rattache à la question du titre de la remise, et non à la question de la remise elle-même. Au seul point de vue que nous envisageons, quant à présent, nous nous bornerons à approuver l'arrêt de la Cour suprême qui a décidé que le fait par un individu à qui des titres de créance ont été confiés pour les examiner et souscrire une obligation en échange, d'avoir retenu ces titres en refusant de souscrire cette obligation, ne constitue pas un vol, car il n'y a pas eu *soustraction frauduleuse* (2).

c) De ce qu'une chose a été laissée au domicile de

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 649, en note.

(2) Cass., 2 septembre 1837, D. *Rép.*, V^o *Ab. de conf.*, n^o 116 ; dans le même sens : Cass., 21 avril 1866, S. 67.1.91.

l'individu inculpé de détournement, doit-on conclure nécessairement qu'elle lui a été confiée ? « Si la chose, dit Blanche, a été remise à la foi de celui chez lequel elle est laissée, il en devient dépositaire ; si, au contraire, elle est enfermée dans un meuble ou une malle dont il n'a pas la clef, elle est chez lui, il est vrai, mais elle n'est pas confiée. S'il la détourne, il est coupable, dans le premier cas, d'abus de confiance, et, dans le second, de soustraction frauduleuse » (1).

Telle paraît être la vraie doctrine, suivie aujourd'hui en jurisprudence depuis des arrêts de Cassation de 1855 et 1856 (2). Antérieurement, la jurisprudence avait, à plusieurs reprises, par une argumentation spécieuse, décidé qu'il y avait toujours, dans cette hypothèse, abus de confiance. « Attendu, lit-on dans les considérants d'un arrêt de Paris du 4 janvier 1850, qu'en ce qui touche les objets qui étaient enfermés dans la malle et les caisses, ceux-ci avaient été confiés à la femme Martin, à titre de dépôt ; que si la femme Martin avait détourné la malle et les caisses, sans les ouvrir, avec tout ce qu'elles contenaient, elle n'aurait évidemment commis que le délit d'abus de confiance, prévu par l'article 408 ; qu'en

(1) Blanche, *op. cit.*, t. VI, p. 320.

(2) Cass., 10 novembre 1855, D. 63.5.300 ; 25 septembre 1856, D. 56.1.417 ; antérieurement à ces décisions, on peut encore citer dans le même sens : Cass., 19 avril 1838, S. 39.1.127 ; Poitiers, 19 mars 1852, D. 53.2.141. — Nypels, *Le Code pénal belge interprété*, t. III, p. 315. — *Contrà* : Cass., 16 février 1838, D. Rép., V° *Ab. de conf.*, n° 113 ; Paris, 4 janvier 1850, D. 50.2.9.

admettant qu'elle ait ouvert la malle avec effraction, et les caisses à l'aide de fausses clefs, pour en extraire et détourner à son profit une partie des effets qui y étaient enfermés, cette circonstance peut aggraver moralement le fait, mais ne saurait en changer le caractère légal, et constituer un vol qualifié : c'est toujours une violation de dépôt. »

Nous nous bornerons à faire observer qu'en supposant que le préjudice eût été le même en cas de détournement global, que dans l'hypothèse du détournement accompagné de soustraction frauduleuse, cette soustraction ne nous paraît pas contestable, en l'espèce, et que la qualification des faits doit suivre les moyens du délit, et non ses conséquences dommageables.

§ 3. — Du titre de la remise.

Nous avons déjà vu que, pour qu'il y ait abus de confiance, en droit français, il faut que la remise de l'objet du détournement entre les mains du défendeur ait été faite en exécution de l'un des contrats déterminés limitativement par l'article 408 du Code pénal. Nous savons également que, depuis la réforme de 1832, la seule interprétation légitime du sens du mot dépôt est celle de la jurisprudence, qui lui donnait antérieurement déjà la signification restreinte des articles 1915 et 1917 du Code civil (1).

(1) Cass., 26 avril 1845, *Bull. crim.*, 153 ; 12 janvier 1853, *id.*, 13 ; 23 mai 1850, *id.*, 160.

Nous ajouterons que depuis un arrêt de la Cour de cassation, en date du 5 novembre 1813, il est admis unanimement en jurisprudence que l'existence de ce contrat doit être l'objet, devant les juges correctionnels, d'une question préjudicielle qui sera tranchée selon les modes de preuves du droit civil (1).

Nous ne reviendrons pas sur la critique générale de l'énumération des titres de détention auxquels seuls est accordée la protection de l'article 408. Nous pourrions constater, d'ailleurs, que, depuis la réforme de 1863, par une large interprétation du texte, il est loisible à la jurisprudence de satisfaire presque intégralement au principe rationnel qui exigerait que toute atteinte à la propriété par détournement fût réprimée pénalement.

Certains agissements, pour lesquels la conscience morale paraît devoir exiger des sanctions plus rigoureuses que celles du droit indemnitaire, demeurent, il est vrai, actuellement impunis, alors qu'ils sembleraient devoir tomber normalement sous l'application d'un article 408 mieux rédigé. A différentes reprises, la Cour de cassation et diverses Cours d'appel avaient décidé que le fait de ne rien rendre sur un billet de banque qu'on avait reçu à l'effet d'en restituer le montant en espèces monnayées, ou de ne rendre qu'une somme inférieure à la valeur dudit billet, constituait le délit

(1) Cass., 5 novembre 1813, D. *Rép.*, V° *Ab. de conf.*, n° 184.

d'abus de confiance : tantôt les juges reconnaissaient dans cette fraude un abus de mandat, tantôt un abus de dépôt (1). Mais la Cour suprême a modifié sa jurisprudence ; elle a reconnu, avec raison, dans l'opération un contrat d'échange, parfait par le seul consentement des parties. « C'est à tort, dit un arrêt récent, que l'on verrait dans cette remise d'espèces le dépôt d'une somme d'argent avec emploi déterminé, dépôt dont la violation constituerait un abus de confiance : la charge de conserver et de rendre en nature la chose déposée, condition essentielle du contrat de dépôt ne se rencontre pas ici, les espèces reçues loin de devoir être restituées en nature, n'ayant été versées que moyennant leur remboursement par équivalent » (2).

Cependant cette impunité, consacrée aujourd'hui par les décisions de la Cour de cassation, est-elle due, en réalité, à la rédaction défectueuse de l'article 408 ? N'est-elle pas rationnelle ? Il faut reconnaître qu'elle est commandée par les principes, puisque, la propriété du billet de banque étant transférée par le consentement de la victime, une incrimination même générale de l'abus de détention n'atteindrait pas la fraude com-

(1) Cass., 28 juin 1884, *Gaz. Trib.*, 8 septembre 1884, S.85.1.189 ; Pau, 8 juillet 1893, D.95.2.172 ; Bordeaux, 25 novembre 1881, S.83.2.44 ; Riom, 24 mars 1886, S. 86.2.132. — Comp. Desjardins, *Rev. critique*, 1885, p. 60.

(2) Cass., 29 juillet 1905, *France judiciaire*, 17 février 1906, p. 56. — Dans le même sens : Cass., 2 avril 1897, D. 98.1.27, infirmant un arrêt de Rennes qui avait reconnu dans l'opération un dépôt.

mise dans ce contrat d'échange. Il s'agit, en réalité, de l'inexécution d'une convention, qui appelle les sanctions du droit indemnitaire, et qui, d'ailleurs, dans une législation où la définition de la tromperie ou de l'escroquerie serait plus élastique, pourrait être incriminée sous cette qualification.

En examinant successivement les différents contrats prévus par l'article 408 du Code pénal, nous pourrions nous rendre compte également que les mêmes difficultés qui se présentent sous l'empire du texte actuel seraient soulevées dans l'hypothèse de la vente sous condition, si la formule rationnelle était adoptée. L'interprétation de la jurisprudence aboutit, en effet, à reconnaître dans tout transfert de propriété sous condition suspensive, au point de vue de la qualification d'abus de confiance, un dépôt ou un mandat, tandis que la dénomination de vente est réservée à la vente sous condition résolutoire ; le juge doit donc surtout discerner la nature de la condition, selon l'intention des parties. Or, le même examen serait nécessaire si l'abus de détention était prévu de manière générale par l'article 408.

Du moins, si tel avait été, en matière d'abus de confiance, le système de notre Code pénal, ne serions-nous pas contraint de nous demander, au sujet de chacune des opérations juridiques visées par la loi, si telle de ses variétés qui ne répond pas de manière absolue à la définition du contrat-type, tout en créant à la

charge d'une des parties les mêmes obligations basées sur la possession ou la détention d'une chose appartenant à l'autre, peut bénéficier de la mention du contrat principal dans l'article 408.

A) *De la remise à titre de louage.* — L'usage abusif de la chose louée, comme tout vol d'usage, contrairement à la doctrine du droit romain, reste impuni dans notre droit : il fallut, au surplus, attendre la réforme de 1832 pour que le détournement de la chose elle-même fût réprimé par la loi pénale. D'ailleurs, l'application de l'article 408 au locataire proprement dit soulève peu de controverses dans la doctrine, et de difficultés en jurisprudence.

Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'apprécier, au point de vue pénal, le détournement commis à la faveur d'un *bail à cheptel*, c'est-à-dire du contrat, prévu au titre du louage dans les articles 1800 et suivants du Code civil, en vertu duquel « l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner sous les conditions convenues entre elles ».

Il ya plusieurs sortes de cheptel : 1° le *cheptel simple* ; 2° le *cheptel à moitié* ; 3° le *cheptel donné au fermier ou colon partiaire, ou cheptel de fer*.

« Le *cheptel simple*, aux termes de l'article 1804, est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre des bestiaux à garder, à nourrir, et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera aussi la moitié de la perte. » Nous nous ar-

rêlerons peu au détournement de bétail commis à la faveur de ce contrat, car si la doctrine discute encore sur sa nature, et si les uns, comme M. Planiol, conformément à la doctrine de Cujas et de Troplong, y voient une société, tandis que les autres, suivant l'opinion de Pothier, y reconnaissent un contrat innomé participant surtout de la nature du louage, sauf en ce qui concerne le partage du croît et la charge des pertes, la jurisprudence est fixée aujourd'hui dans ce dernier sens, et l'application de l'article 408 n'est plus contestée en cas d'appropriation frauduleuse de tout ou partie du fonds (1).

« Le *cheptel à moitié* est, suivant la définition de l'article 1818 du Code civil, une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou la perte. » Ce contrat est purement et simplement, à notre sens, une société, et nous ne croyons pas qu'au point de vue de la répression pénale il y ait lieu de faire observer avec M. Bona-Christave, « que si la société est le principal élément du cheptel à moitié, le louage d'ouvrage y figure également, et que le législateur a cru devoir placer ce contrat complexe au titre du louage et non au titre de la société » (2). Mais, avec cet auteur, nous estimons

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1872.

(2) En ce sens : Bona-Christave, *La loi du 10 septembre 1880* ; Dalloz, *Rép.*, V° *Louage à cheptel*, n° 14 ; Bonnasse-Blanchou, *De l'abus de confiance*, Thèse Paris, 1897 ; Paul Bryon, *Journ. des Parquets*,

que le détournement du bétail commis, dans ces conditions constitue une violation du contrat de mandat, visé par l'article 408. « La société, ajoute-il, se lie intimement au mandat : celui qui est chargé de la garde et de l'entretien de la chose commune est mandataire de ses coassociés, et peut se rendre coupable d'abus de confiance » (1).

On peut s'étonner que la jurisprudence, qui, depuis un arrêt de Cassation du 8 août 1845, fait application des pénalités de l'article 408 aux détournements commis par l'associé proprement dit, ait cru devoir adopter la solution inverse en cas de détournement perpétré à la faveur d'un contrat de cheptel à moitié. Cependant, chose singulière, nous retrouvons la même argumentation contradictoire chez la plupart des auteurs. M. Garraud, notamment, qui approuve la doctrine de la Cour de cassation en matière de société, écrit à propos du cheptel à moitié : « La violation du contrat de société n'est pas réprimée par l'article 408. Il en résulte que le preneur qui vend le cheptel sans la participation du propriétaire ne commet pas un abus de confiance » (2).

année 1892, p. 67 ; Ed. Pénicaut, *op. cit.* ; Cass., 25 janvier 1838, S. 38.1.246 ; Cass., 23 juillet 1846, S. 46.1.758 ; 30 août 1880, S. 81.1.42.

(1) Bona Christave, *loc. cit.*

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 643. Dans le même sens : Blanche, *op. cit.*, p. 313 ; H. Péret, *op. cit.*, p. 63 ; Boué, *op. cit.* ; Cass., 7 janvier 1864, D. 64.1.327.

Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. V, p. 451, prétendent qu'il y a vol. Mais cette opinion est insoutenable, puisque, dès qu'il y a remise

L'application de ce texte s'impose, à notre avis, aussi bien dans le cas de détournement du fonds confié, que du croît et de la laine, comme elle s'impose dans l'hypothèse du détournement commis par le preneur d'un *cheptel de fer*.

« Le *cheptel de fer* est, aux termes de l'article 1821 du Code civil, le contrat par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus. » L'estimation du bétail n'en transfère pas la propriété au fermier, si elle le met à ses risques. En conséquence, il n'est que détenteur, en vertu d'une variété du contrat de louage, le métayage ou bail à colonat partiaire, dont le bail à cheptel est ici l'accessoire: toute aliénation frauduleuse des têtes du bétail par le fermier serait donc normalement réprimée par l'article 408. La jurisprudence est cependant divisée sur ce point.

Des décisions portent qu'il ne saurait y avoir abus de confiance, dans cette dernière hypothèse, pour la raison « que le fonds de bétail est immeuble par destination, et qu'au surplus la restitution de l'objet loué est de l'essence du louage, tandis qu'en cas de cheptel de fer le preneur doit seulement représenter un cheptel d'une valeur égale à celui qu'il a reçu » (1).

volontaire, il ne saurait être question de soustraction frauduleuse.
— V. cependant : *Pandectes fr., Rép., Ab. de conf.*, n° 89.

(1) En ce sens : Trib. Chambéry, 14 décembre 1883, *Le Droit*,

Nous ne croyons pas devoir nous arrêter à l'objection peu sérieuse tirée de la nature du fonds de bétail ; il est certain qu'en cas d'aliénation celui-ci perd sa qualité d'immeuble par destination, et devient meuble purement et simplement. La réponse aux autres arguments nous est fournie par les considérants d'un arrêt de la Cour de Bourges, en date du 17 décembre 1868, qui a justement décidé « qu'il importe peu que le législateur substitue le genre à l'espèce dans l'exécution des engagements intervenus entre les parties ; que c'est là une nécessité résultant de l'objet même que se proposent les contractants, mais qui ne saurait modifier la nature et le caractère des droits transmis au locataire ou réservés au bailleur ; que le droit pour le preneur de disposer, sauf remplacement, de chacun des animaux qui composent le cheptel n'implique, en quoi que ce soit, le droit de disposer de celui-ci considéré dans son ensemble... » (1).

Quoi qu'il en soit, ces divergences doctrinales et jurisprudentielles ont inquiété un certain nombre d'auteurs. « Rien ne serait plus utile, dit l'un d'eux, que de couper court à ces controverses en punissant indistinctement un acte indiscutablement frauduleux. Cette réforme ne pourrait être que favorable au développement

4 juin 1884 ; Le Blanc, 25 juillet 1868, D. 69.2.47 ; Caen, 28 août 1878, D. 80.2.65 ; Limoges, 28 juillet 1888, D. 90.2.91.

(1) Bourges, 16 décembre 1868, D. 69.2.47. — Dans le même sens : Dijon, 18 juin 1879, D. 80.2.65 ; Cass., 11 mai 1901, D. 02.1.414.

de l'agriculture, en facilitant le contrat de louage » (1). Cette prétendue réforme nous paraît, au contraire, dès à présent, superflue ; mais une modification de l'article 408 dans le sens rationnel mettrait fin à toutes les controverses.

De la location-vente. — Tandis que les difficultés que soulève l'application de l'article 408 au détournement commis à la faveur d'un contrat de cheptel nous révèlent, dans une certaine mesure, l'imperfection de ce texte, la controverse née de l'appropriation frauduleuse par l'acheteur de l'objet du contrat, en cas de location-vente, eût dû, semble-t-il, au contraire, être évitée, en raison même de sa rédaction actuelle. Elle fut soulevée, notamment, dans l'espèce suivante. Un commerçant avait remis un piano en location pour une période de trente-six mois. Le prix de location était fixé à vingt francs par mois, plus huit francs pour parfaire la somme de mille francs, prix du piano ; à la fin du bail le preneur devenait de plein droit propriétaire, s'il avait payé toutes les échéances. Or, aussitôt en possession du meuble, il le vendit. Poursuivi devant le tribunal de la Seine, il fut renvoyé des fins de la poursuite, et la Cour de Paris confirma le jugement. « Le juge, lit-on dans les considérants de l'arrêt, n'est pas lié par les qualifications qu'il a plu aux parties de donner à leurs conventions ; il lui appartient, au contraire, de définir

(1) Henri Péret, *op. cit.*, p. 63. — Dans le même sens : Garraud, *op. cit.*, p. 648 ; Bonasse-Blanchou, *op. cit.*

les contrats d'après leurs caractères et la commune intention des parties. Lorsqu'il résulte des clauses d'un contrat que les parties étaient convenues de la chose et du prix, si la chose a été livrée, c'est avec raison que l'on considère l'acte litigieux, non comme une location avec une promesse de vente ou une vente sous condition suspensive, mais comme une vente ferme affectée d'une condition résolutoire » (1).

Il n'était pas prudent, à notre sens, de spécifier que, dans l'intention des parties, il s'agissait d'une vente sous condition résolutoire et non d'une vente sous condition suspensive, attendu que les parties avaient parfaitement pu, par une clause licite, subordonner le transfert de la propriété à la condition suspensive du paiement du prix. Mais, cette réserve faite, nous approuvons la décision de la Cour, puisque le contrat de vente sous condition suspensive, en l'absence même de transfert de propriété, ne rentre pas dans les prévisions de l'article 408. La Cour de cassation l'infirmait cependant, en décidant « que ne constitue ni un bail avec promesse de vente, ni une vente ferme, le contrat par lequel une personne reçoit un piano dont elle peut devenir propriétaire après paiement de mensualités ; qu'une telle convention contient une vente consentie sous la double condition suspensive du paiement du prix de cette vente en diverses mensualités, et du prix de

(1) Seine, 14 novembre 1901, *Rec. Gaz. Trib.*, 1901.2.103 ; Paris, 3 avril 1903, *Rec. Gaz. Trib.*, 1903.2.55.

la location ferme concomitante de la vente, de manière que la location prend fin au moment où la vente devient parfaite » (1).

Ce raisonnement implique une distinction trop subtile pour être exact. D'ailleurs, quiconque a vérifié la rédaction d'un certain nombre de ces contrats de location-vente a pu se rendre compte que les parties, le plus souvent du moins, ne distinguent nullement dans la mensualité les éléments qui représentent le loyer ou le supplément affecté au prix de vente. Il est, en outre, toujours stipulé qu'à défaut du versement global de la dite mensualité, le contrat sera résolu de plein droit. Le contrat dit de « location-vente » se trouverait donc être, dans l'intention des parties, une vente pure et simple sous condition suspensive. Mais l'ambiguïté de cette qualification de « location-vente » présente, aux yeux du vendeur, deux avantages, la garantie de la répression pénale, en cas d'appropriation frauduleuse par l'acheteur, et la possibilité de revendication, en cas de faillite. Dans cette dernière hypothèse, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, contrairement à la manière de voir de la Chambre criminelle, n'a pas hésité à faire application de la règle exceptionnelle de l'article 1602, propre à la vente, d'après laquelle « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». La

(1) Cass., 19 juin 1903, D. 03.1.486. Cf. Orléans, 26 juin 1904, *Rec. Gaz. Trib.*, 1904.2.432 ; Rouen, 30 mars 1882, *Gaz. Pal.*, 8 janvier 1883.

revendication contre la masse n'a pas été admise (1).

B) *Remise à titre de dépôt*.— Le sens du mot dépôt, dans l'article 408, a soulevé en doctrine et en jurisprudence de vives controverses avant la réforme de 1832. Fallait-il lui donner la signification restrictive de l'article 1915 du Code civil, ou, au contraire, l'entendre dans le sens vulgaire, dans le sens d'une remise d'objets mobiliers à charge de les rendre ? Depuis la loi de 1832, cette dernière interprétation serait absolument arbitraire et illégale. Mais est-ce à dire qu'il faille approuver la jurisprudence, qui décide qu'il ne peut y avoir dépôt, dans le sens légal du mot, « que lorsque la garde et la conservation de la chose qui en est l'objet ont été le but principal et déterminant de la tradition » (2) ?

A notre sens, dès que la convention présente le caractère essentiel du contrat de dépôt, à savoir l'obligation de garder et de restituer en nature, quand bien même la garde de l'objet ne serait pas le but principal poursuivi par les contractants, il y a lieu, en cas d'appropriation frauduleuse de cet objet, de faire application au détenteur de l'article 408 du Code pénal (3).

Mais que décider lorsque des marchandises, par exemple, ont été remises au défendeur à charge de les rendre ou d'en restituer le prix ? La Cour suprême ren-

(1) Cass. req., 21 juillet 1897, D.98.1.269, et rapport du Conseiller Cotellet.

(2) Cass., 28 janvier 1832, D. 32.1.104. — Dans le même sens : Cass., 21 avril 1866, *Bull. crim.*, 146.

(3) En ce sens : Cass., 18 juin 1835, S. 35.1.852.

dit, au sujet de cette espèce, un arrêt de principe en 1860. Elle excluait dans tous les cas la possibilité du détournement prévu par l'article 408, lorsque cette faculté d'option était laissée au débiteur. Sa décision reposait sur ces considérants : « Attendu que, suivant l'article 1915 du Code civil, le dépôt est l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder ou de la restituer en nature ; que l'arrêt attaqué, en disant qu'il y avait eu remise de marchandises, à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, implique, par cette dernière alternative, qu'une telle clause est exclusive du contrat de dépôt ; que l'un des éléments essentiels du délit manque ainsi complètement, et qu'il y a eu, dès lors, fausse application de l'article 408 » (1).

Cette jurisprudence ne devait pas être définitive. La question s'est posée, de nouveau, en 1892, devant la Cour de cassation. Un bijoutier, prétextant qu'il avait à fournir plusieurs corbeilles de mariage, s'était fait remettre par divers commerçants une certaine quantité d'objets d'orfèvrerie, en vue de choisir ceux qui pourraient convenir à sa clientèle ; il s'engageait à payer ceux qu'il garderait, et à restituer les autres dans le plus bref délai. Or il vendit les marchandises à un brocanteur, et s'appropriä le prix. Poursuivi, il fut condamné pour abus de confiance. La Cour de Chambéry avait vu dans l'opération à la faveur de laquelle

(1) Cass., 22 juin 1860, D. 60.1.471.

(2) Cass., 3 décembre 1892, D. 93.1.265.

le détournement avait été commis un prêt à usage. La Cour suprême, tout en confirmant l'arrêt de condamnation, en modifia les motifs : « Attendu, dit-elle, que le contrat présente le caractère, non d'une vente conditionnelle, mais d'un mandat et que, dès lors, peu importe que la Cour de Chambéry l'ait qualifié prêt à usage, puisque le mandat figure aussi bien que le prêt à usage parmi les contrats dont la violation peut constituer le délit d'abus de confiance. »

A notre avis, la condamnation pour abus de confiance était justifiée, non pas parce que le contrat intervenu entre les parties présentait le caractère d'un prêt à usage ou d'un mandat, mais parce qu'il s'agissait d'un dépôt.

L'affaire avait été rapportée devant la Cour de cassation par M. le conseiller Accarias, qui, après avoir repoussé la qualification de prêt à usage et de mandat, s'était également prononcé, dans les termes suivants, contre celle de dépôt : « Pourrait-on, disait-il, essayer de voir un dépôt dans le contrat que la Cour d'appel de Chambéry a d'abord qualifié de prêt à usage, et qu'elle a ensuite présenté comme une vente conditionnelle ? Nous ne le croyons pas, car, aux termes de l'article 1915 du Code civil, le dépôt est « un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer » ; or, ici, le but principal des parties n'était pas assurément, de la part des bijoutiers, de confier la garde de leurs marchandises à P..., ni de la part de ce dernier de se charger de cette garde... ».

On peut répondre à cette argumentation que le défendeur avait précisément l'obligation de garder, en vue de leur restitution immédiate, les objets non choisis par lui. Au surplus, si la garde de la chose devait être nécessairement, aux yeux du législateur, le but principal de la remise, en cas de dépôt, comment expliquer la disposition insérée dans l'article 1928 § 3 : « *Si le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire...* » ? Ne sommes-nous pas précisément dans une des hypothèses prévues par ce texte ? Quoi qu'il en soit, M. le conseiller Accarias, repoussant les qualifications de prêt à usage, de mandat et de dépôt, concluait en ces termes à l'annulation de l'arrêt de la Cour de Chambéry : « Pourrait-on enfin, disait-il, prétendre avec plus de succès que le contrat en question n'étant ni un prêt à usage, ni un mandat, ni un dépôt, s'analyse en un contrat innomé ? Nous estimons que c'est bien là le point de vue le plus exact, et c'est aussi celui des auteurs précédemment cités. Mais les contrats innomés ne figurent pas plus que la vente dans l'énumération de l'article 408. Voudrait-on échapper à cette objection décisive en alléguant que les contrats innomés doivent recevoir, dans chaque espèce, l'application des règles du contrat nommé qui leur est le plus analogue ? Nous faisons à cela une double réponse. D'abord, si le contrat intervenu entre P... et les bijoutiers lyonnais ressemble à quelqu'un de ces contrats nommés, c'est certainement à la vente, et, en second lieu, le principe d'après lequel

les règles d'un contrat nommé devraient être étendues par analogie au contrat innomé qui lui ressemble, ce principe, s'il est exact, ne saurait être transporté du droit civil dans le droit pénal. On ne crée pas des délits par analogie. »

Nous avons vu que la Cour refusa de se rallier aux conclusions de son rapporteur, qui, sans être fondées, croyons-nous, même au point de vue théorique, aggravaient encore, sur le terrain de la pratique, les imperfections de l'article 408, en exagérant l'arbitraire dans la répression des abus de détention.

Cette remise de marchandises à condition, de pratique si courante dans le commerce, soulève de sérieuses difficultés, au point de vue de l'application des pénalités de l'abus de confiance. Tantôt elle dissimule, en effet, un dépôt ou un mandat, tantôt il s'agit, purement et simplement, d'une vente sous condition résolutoire. Les juges, sans s'en tenir à la lettre du contrat, doivent, dans chaque hypothèse, s'appliquer surtout à discerner l'intention des parties.

En terminant ce rapide aperçu de l'abus de confiance commis à la faveur du contrat de dépôt, il nous faut signaler une singulière erreur jurisprudentielle, provoquée par une conception trop étroite de ce contrat. La Cour de Rouen vit dans le fait par un acheteur, à qui on avait remis des bulletins qu'il devait présenter à une caisse pour solder le montant de ses acquisitions,

de ne présenter et de ne payer que quelques-uns des bulletins, et de s'approprier ainsi des objets qui ne lui avaient été remis que sous condition tacite de paiement, un vol et non un abus de confiance (1). En réalité la remise volontaire excluait la soustraction frauduleuse, et l'objet réel du détournement était le bulletin contenant obligation à la charge du défendeur, bulletin qu'il ne détenait qu'à titre de dépôt (2).

C) *Remise à titre de mandat*. — La disposition de l'article 408 relative au mandat est une addition faite à cet article par la loi du 28 août 1832. De l'interprétation jurisprudentielle du texte primitif, il résultait que le Code pénal de 1810 visait le seul mandat salarié ; quant à l'abus de confiance commis par le mandataire non salarié, il restait impuni.

(1) Rouen, 17 mars 1890, D. 91.2.301.

(2) *Du séquestre judiciaire*. — Tandis que, par un arrêt du 11 janvier 1904 (*Rec. Gaz. Trib.*, 1904.2.367), la Cour d'appel de Paris a déclaré applicable l'article 408 au propriétaire d'un immeuble saisi qui détourne à son profit personnel les loyers qu'il a perçus en qualité de séquestre judiciaire dans les termes de l'article 683 du Code de procédure, la jurisprudence décide, en général, que, dès qu'il y a mainmise de la justice sur un immeuble ou un meuble quelconque, il y a lieu de faire application de l'article 400 § 4, qui prévoit le détournement par le débiteur d'objets saisis sur lui-même, lorsqu'il est constitué gardien de la saisie, et renvoie, d'ailleurs, dans ce cas, pour l'application des pénalités à l'article 406. Cette solution, qui est rigoureusement logique, lorsque le séquestre est propriétaire ou copropriétaire de la chose dont la garde lui est confiée par la justice, ne saurait être étendue au cas de détournement par un tiers constitué gardien ou séquestre, attendu qu'il n'est pas douteux, en raison même du silence de l'article 400, qu'en cas de détournement d'ob-

Cependant, si la loi de 1832 a fait taire toutes controverses au sujet de l'application même de l'article 408 au mandat, la preuve du détournement commis à la faveur de ce contrat, lorsqu'il a pour objet des choses fongibles, a provoqué une discussion relative au critérium de l'intention frauduleuse, et à la nécessité d'une sommation en vue de la constitution elle-même du délit. Nous avons résumé ailleurs cette controverse. Nous n'y reviendrons que pour affirmer qu'il est inexact de poser en principe que l'abus de mandat ne peut légitimer des poursuites correctionnelles pour abus de confiance, s'il n'a pas été impartie de délai de restitution, et s'il n'y a pas eu mise en demeure de restituer ; mais que, conformément aux décisions d'une partie de la jurisprudence, et notamment à un arrêt de Cassation du 2 juin 1853, « dès qu'il résulte de l'ensemble des motifs et des faits constatés, qu'au moment du détournement le défendeur ne pouvait plus se faire d'illusion sur la situation de ses affaires..., la fraude existe » (1), et les poursuites se trouvent ainsi être légitimes.

Si, d'ailleurs, le détournement se réalise le plus souvent « d'une manière apparente et contradictoire, selon les termes d'un arrêt, par la réclamation infructueuse

jets saisis par un tiers constitué gardien de la saisie, le délit est un abus de confiance pur et simple. — Cass., 8 novembre 1894, D. 96.1.35 ; 13 avril 1869, D. 70.1.92, et sur renvoi, C. Rouen, 8 avril 1870, D. 72.5.476 ; C. Bordeaux, 6 janvier 1892, D. 92.2.58.

(1) Cass., 2 juin 1853, *Bull. crim.*, 199. — Cf. *suprà*, p. 169 et suiv.

du mandant, à laquelle le mandataire oppose, soit la dénégation du mandat, soit le refus ou l'aveu de l'impossibilité de paiement » (1), un signe caractéristique de la fraude, admis également en doctrine et en jurisprudence, qui, même de la part d'un individu solvable, rend délictueux les actes de détournement ou de dissipation incriminés, consiste dans la dissimulation frauduleuse de ces actes. C'est ainsi que la Cour de cassation put légitimement déclarer coupable d'abus de confiance le commis qui, à l'insu de son patron, s'était approprié une partie des fonds qu'il était chargé de verser à un tiers, en majorant avec la collusion de celui-ci les sommes réellement dues et payées (2).

L'exception de compte, en supposant même qu'elle soit sérieuse, ne supprime pas nécessairement le délit d'abus de confiance, si, de mauvaise foi, le débiteur retenait une somme supérieure à celle qu'il savait lui être due à lui-même, en vertu d'un autre titre (3).

Détournement de valeurs reçues en vertu d'un mandat. — L'article 408 s'applique-t-il au détournement des valeurs reçues en vertu d'un mandat, et non à titre de mandat ? Avant même que ce contrat eût été prévu expressément dans l'énumération légale, Merlin s'était

(1) Metz, 27 novembre 1836, S. 38.2.43.

(2) Cass., 12 décembre 1874, *Bull. crim.*, 304.

(3) Cass., 11 juin 1858, *Bull. crim.*, 168 ; 24 juin 1876, *Bull. crim.*, 145 ; 28 juin 1884, S. 85.1.189, et note de M. Roux sous arrêt de Cass., 21 octobre 1904, *Journ. Pal.*, 1906.1.377 ; Cass., 6 décembre 1906, *Gaz. Pal.*, 3-4 février 1907.

déjà prononcé dans le sens de l'affirmative, parce qu'il reconnaissait dans la détention des fonds par le mandataire les caractères généraux du dépôt (1). L'interprète le plus scrupuleux peut donc appliquer sans hésitation, dans cette hypothèse, l'article 408 ; car s'il refusait de voir dans les agissements en cause un détournement de la chose détenue à titre de mandat, du moins ne saurait-il nier la remise à titre de dépôt. Mais la vérité est que, selon les considérants d'un arrêt de Cassation, approuvé par une doctrine unanime, « la loi a voulu punir l'abus de confiance dont le mandataire se serait rendu coupable envers son commettant ; qu'il importe peu que les sommes lui aient été remises par le mandant lui-même, ou par ses débiteurs ; que c'est toujours en exécution, par suite et conséquemment à titre de mandat, qu'il les a reçues » (2).

A cette question du détournement de valeurs reçues en vertu d'un mandat, se rattache étroitement l'espèce suivante. Un garçon de recettes de la Société lyonnaise, en faisant sa caisse, avait trouvé un excédent de mille francs. Il s'expliqua la chose en se rappelant qu'une personne l'avait prié de lui changer une somme de 2.000 francs en billets de banque, et qu'elle lui avait remis probablement par erreur 3.000 francs.

(1) Merlin, *op. cit.*, t. XXXVI, p. 437.

(2) Cass., 7 septembre 1844, S. 45.1.238. — Dans le même sens : Cass., 26 mars 1842, *J. Pal.*, 42.2.48 ; Garraud, *op. cit.*, p. 660 ; Blanche, *op. cit.*, t. VI, n° 249.

Malgré les représentations qui lui furent faites par ses collègues, il ne voulut pas verser à la Société lyonnaise l'excédent qu'il avait entre les mains. Un vol important ayant été commis quelque temps après à la Société lyonnaise, il en fut accusé. La prévention n'ayant pu être établie, une ordonnance de non-lieu fut rendue, mais il fut retenu pour s'être approprié les mille francs qui lui avaient été versés par erreur. Le tribunal correctionnel de Lyon rendit alors le jugement suivant : « Attendu que le fait incriminé ne constitue pas le vol, puisque N... n'a point frauduleusement soustrait les mille francs, et que rien ne prouve qu'au moment où il les a reçus, il se soit aperçu de l'erreur, de manière que la mauvaise foi fût concomitante avec la prise de possession de la somme, condition indispensable pour l'existence du vol ; *attendu qu'il n'y a pas davantage abus de confiance à la charge de N..., puisque pour constituer l'abus de confiance, il faut que la remise des objets du détournement ait été faite en vertu de l'un des contrats énoncés en l'article 406 du Code pénal ; attendu que le paiement par erreur ne peut constituer qu'un quasi-contrat...* ; que quelque blâmable que soit l'indélicatesse commise par N..., elle échappe à l'application des textes visés par la prévention » (1).

En ce qui concerne les rapports avec le tiers, victime de l'erreur, les considérants de ce jugement nous paraissent

(1) Lyon, 5 juin 1882, *Loi* du 27 juillet 1882. — Dans le même sens : Lille, 8 juin 1901, *France judiciaire*, 1901.2.275.

sent fondés en droit, tant au point de vue de la qualification « vol » que de la qualification « abus de confiance ». En revanche, le délit était, croyons-nous, nettement caractérisé vis-à-vis de la Société lyonnaise, à laquelle, aux termes de l'article 1993 du Code civil, le défendeur « était tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison de tout ce qu'il avait reçu, en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû ». La société avait, en réalité, la possession des deniers, dont son préposé N... n'était que détenteur. En outre, sa responsabilité civile se trouvait engagée, et pouvait entraîner, à sa charge, un préjudice réel (1).

Détournement de valeurs détenues à titre de mandat légal. — On s'est demandé si le mandat légal, et notamment celui du tuteur, rentrait dans les prévisions normales de l'article 408. « On pourrait objecter, disent Chauveau et Hélie, que le tuteur n'est pas un mandataire ordinaire, qu'il exerce une sorte de fonction légale, et que, dans l'esprit de la loi civile et dans l'intérêt de la famille, sa responsabilité doit être exclusivement civile » (2). Cependant ces auteurs, ainsi que l'immense

(1) Il a été jugé, dans ce sens, à plusieurs reprises, que le cocher d'une voiture de place, considéré comme le mandataire de son patron, se rend coupable d'abus de confiance, s'il détourne au préjudice de celui-ci tout ou partie de la somme qu'il perçoit sur un voyageur, alors même que cette somme dépasserait les tarifs (Rouen, 7 juin 1878, S. 78.2.242 ; Bordeaux, 26 octobre 1893, D. 94.2.277).

(2) Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. V, n° 2299. — *Sic* : Garraud,

majorité de la doctrine, et la jurisprudence entière, ne se sont pas arrêtés à cette objection.

La distinction entre le mandat légal et le mandat conventionnel, au point de vue de la répression du détournement commis à la faveur de ces situations juridiques, n'est ni dans l'esprit, ni dans la lettre de la loi. Elle serait, au surplus, absolument inopportune, alors que des législations étrangères, loin d'admettre le caractère essentiellement civil de la responsabilité des mandataires légaux, ont étendu, en ce qui les concerne, le domaine rationnel d'application de la loi pénale, en punissant, non seulement leurs détournements, mais « leur infidélité » (1), tandis que d'autres Codes considèrent la qualité de tuteur comme une circonstance aggravante du détournement (2). Tel est également l'avis de M. Planiol, qui se demande « s'il est logique, s'il est juste, au point de vue législatif, de faire rentrer dans le droit commun les abus de confiance commis par les tuteurs, et autres administrateurs légaux et judiciaires du bien d'autrui. Pourquoi, dit-il, la loi considère-t-elle l'abus de confiance comme un délit de moindre gravité que le vol ? C'est que la victime a peut-être agi à la légère, a mal choisi son homme de

op. cit., p. 659 ; Cass., 10 août 1850, D. 50.1.250 ; 3 février 1870, S. 72.1.151 ; 28 avril 1866, D. 66.1.356.

(1) Notamment : art. 266 du Code pénal allemand.

(2) Notamment : Code pénal italien, art. 419 ; Code pénal néerlandais, art. 323.

confiance ; elle n'a pas pris assez de précautions.... ». Ce raisonnement ne saurait s'appliquer aux mandataires ci-dessus désignés : « l'abus de confiance commis par eux mériterait de devenir un abus de confiance qualifié » (1).

Du détournement en cas de mandat tacite. — « Le mandat tacite ne doit pas être moins respecté que le mandat exprès », déclare M. Garraud (2). Cette théorie ne nous semble pas contestable ; mais M. Garraud en tire une conséquence pratique repoussée, à juste titre, par la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation : « Ainsi, conclut-il en effet, on a pu décider que le fait de recevoir en paiement un billet de banque de 1.000 francs, et de ne rendre la monnaie que sur 500 fr., constitue un abus de confiance, sinon par abus de dépôt, du moins par abus de mandat tacite donné par celui qui remet le billet de 1.000 francs.... A plus forte raison, celui qui, ayant reçu une pièce d'argent en paiement d'une marchandise qu'il délivre, et à la condition de rendre en monnaie l'excédent, s'approprie en entier la pièce, d'une manière frauduleuse, commet-il un abus de confiance. »

Nous estimons, au contraire, avec les derniers arrêts de la Cour de cassation, que, lorsque la victime a accepté comme contre-partie, dans la conclusion du contrat, celui qui s'approprie frauduleusement tout ou partie du

(1) Planiol, *op. cit.*, p. 660, en note.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 662.

billet ou de la pièce sur lesquels il devait rendre la monnaie, il y a échange et non mandat tacite (1).

Du détournement des effets de commerce. — En revanche, il y a abus de confiance par violation de mandat exprès, de la part du débiteur qui, après avoir autorisé un créancier à faire traite sur lui, retient la lettre de change présentée à son acceptation, et refuse de la payer en alléguant faussement qu'il l'a payée à un tiers. De même tombe sous l'application de l'article 408 le souscripteur du billet à ordre qui, n'ayant pu l'acquitter à l'échéance, et ayant souscrit une autre valeur dont il a reçu le montant, à la charge d'employer cette somme au paiement du premier effet, ne remplit pas ce mandat (2).

Abus de mandat domestique. — La question de l'abus de mandat domestique a soulevé en doctrine des controverses, et provoqué en jurisprudence des revirements qui paraissent inexplicables. Elle se pose en ces termes devant la jurisprudence : le domestique qui se fait livrer par un fournisseur, au nom de son maître, des marchandises à crédit, au lieu de les payer avec l'argent qui lui a été remis à cet effet, se rend-il coupable d'abus de confiance qualifié au préjudice du maître, ou d'une escroquerie aux dépens du fournisseur ? La jurisprudence

(1) Cass., 2 avril 1897, D. 98.1.27 ; Cass., 29 juillet 1905, *Fr. judic.*, 17 février 1906, p. 56.

(2) Notamment : Cass., 28 juillet 1877, D. 78.1.331 ; Seine, 15 mai 1897, *Droit*, 7 janvier 1898.

s'était d'abord prononcée dans ce dernier sens (1) ; mais, depuis un arrêt de Cassation du 28 janvier 1842, elle reconnaît dans ces faits le crime d'abus de confiance commis au préjudice du patron. « La difficulté vient, d'une part, dit M. Garraud, de ce que le détournement ne peut être considéré comme ayant eu lieu au préjudice du maître, auquel le domestique a livré la fourniture représentative de l'argent confié, et qui n'est pas tenu de payer un achat fait contrairement au mandat, et de ce que, d'autre part, on ne saurait voir dans le détournement commis un abus de confiance au préjudice du fournisseur, qui s'est borné à vendre une marchandise, sans avoir jamais fait d'autre contrat avec le domestique infidèle » (2). Cependant, à quelque point de vue qu'on se place, aussi bien sur le terrain de la responsabilité civile de l'article 1384 § 3, que sur celui de la théorie du mandat, il nous paraît impossible de soutenir que le maître n'est pas tenu d'indemniser le fournisseur du montant du prix de la marchandise achetée en son nom ; en conséquence, il subit un préjudice, et le délit d'abus de confiance est nettement caractérisé.

Une difficulté voisine de celle que soulève le mandat domestique, et résolue d'ailleurs de façon très juridique par la jurisprudence, naît au sujet du détournement par un industriel ou un commis-voyageur des sommes

(1) Cass., 22 janvier 1812, S. 13.1.224 ; Paris, 13 novembre 1828, *Journ. Pal.*, 1828, p. 342 ; Cass., 28 janvier 1842, S. 42.1.177.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 675 et 676.

avancées par un client ou le patron pour l'exécution de travaux, ou pour frais de voyage. Il s'agit d'une avance de salaires ou d'un versement anticipé d'indemnité, dont le détournement, aux yeux de la jurisprudence, n'est pas prévu par l'article 408, et ne saurait d'ailleurs l'être, alors même que la rédaction de ce texte serait absolument rationnelle (1).

Du compte-courant, exclusif d'abus de confiance. — Le point de savoir s'il est intervenu une convention expresse ou tacite de compte-courant, exclusive du délit d'abus de confiance, et si les parties ont voulu y comprendre tout ou partie seulement de leurs opérations, est une question de fait dont l'examen appartient souverainement aux tribunaux. Malgré l'existence de ce compte, s'il a été convenu expressément que les effets de commerce donnés à l'encaissement n'y seraient pas compris, les sommes provenant de cet encaissement n'y entrent pas, et le banquier qui a reçu ces effets est un mandataire chargé de toucher les fonds et de les faire parvenir à l'envoyeur. Mais il est bien entendu que la propriété des fonds est acquise au réceptionnaire, en l'absence de cette convention, et que l'application de l'article 408 est impossible, même si l'endos est irrégulier, puisque de toute façon la tradition aurait une juste cause, l'existence du compte-courant (2).

(1) En ce sens : Cass., 11 septembre 1902, *Gaz. Trib.*, 25 septembre 1902 ; Cass., 23 octobre 1903, *Gaz. Trib.*, 31 octobre 1903.

(2) Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 1666 ; — Voir égale-

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que du détournement commis à la faveur d'un mandat proprement dit. Nous devons maintenant envisager, au point de vue de l'application de l'article 408, les diverses modalités de ce contrat. Il en est une qui ne nous retiendra pas, car la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que le détournement commis dans l'exécution d'un *contrat de commission* constitue un abus de confiance : « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 1866, que s'il résulte des faits ainsi constatés que le défendeur était un commissionnaire dans le sens de l'article 94 du Code de commerce, il est de principe que le commissionnaire agissant pour le compte d'autrui, bien qu'en son nom personnel, est, dans ses rapports avec son commettant un véritable mandataire » (1).

Mais le gérant d'affaires est-il un mandataire, au sens de l'article 408 ? Le doute naît ici de la rédaction vicieuse du texte. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a décidé qu'il devait y avoir assimilation de la responsabilité pénale du gérant d'affaires à celle du mandataire, puisqu'aux termes de l'article 1372 du Code civil « il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le proprié-

ment : Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, n° 807 ; Cass., 15 avril 1859, D. 59.5.5 ; 3 janvier 1895, D. 95.1.403.

(1) Cass., 17 novembre 1866, D. 68.1.143. — Dans le même sens : Cass., 18 novembre 1882, S. 84.1.299 ; Cass., 2 janvier 1846, D. 46.1.149.

taire » (1). Nous approuvons cette solution : la nature d'un acte juridique est, en effet, déterminée par les obligations qu'il fait naître à la charge des parties, et non pas seulement par leur origine. D'ailleurs, l'objection faite par certains auteurs (2) « qu'il n'y a, à la base de ces agissements, qu'un quasi-contrat », se retournerait également contre l'opinion, généralement admise en doctrine, que le mandataire légal qui détourne les effets à lui confiés commet un abus de confiance.

L'abus de confiance et le contrat de société. — La question la plus importante qui se soit posée, relativement à l'application de l'article 408 aux modalités du mandat, est celle de savoir si, dans les sociétés civiles ou commerciales, l'associé est un mandataire visé par l'article 408. Cette question se pose d'ailleurs, soit que l'associé puise son pouvoir d'administration dans la disposition générale de l'article 1859 du Code civil, soit qu'il l'emprunte aux statuts de la société.

Non seulement le contrat de société n'est pas incompatible avec le mandat, mais un mandat se greffe nécessairement sur tout pacte de société. Telle est la situation de droit résumée par l'article 1859 du Code civil, aux termes duquel : « A défaut de stipulations spéciales

(1) Cass., 3 janvier 1895, D. 95.1.403.

(2) Notamment Morin, *Rép. de droit criminel*, V^o *Abus de confiance*, n^o 38 ; et Louis Sarrut, note sous arrêt de Cassation du 3 janvier 1895, D. 95.1.403.

sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes : 1^o les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue..... ».

Que dans la société en nom collectif, dans la société en commandite par intérêt ou par actions, les pouvoirs des gérants ne soient pas, en général, révocables *ad nutum*, en l'absence d'une clause expresse sur ce point dans les statuts, tel est en effet l'esprit de ces sortes de sociétés ; mais, ainsi qu'un auteur l'a justement fait observer, « cette modalité est apportée au contrat de mandat, elle ne l'efface pas ; le mandat de gérant n'est pas révocable arbitrairement, mais cette circonstance n'empêche pas qu'il y ait mandat ; car la révocation *ad nutum* n'est pas un élément essentiel de ce contrat (1) ».

A cet argument, on a opposé « que l'associé gérant a véritablement un autre caractère que celui de mandataire ; qu'il ne gère pas seulement dans l'intérêt d'autrui, mais dans le sien propre, qu'en un mot il n'est pas uniquement gérant, mais associé » (2).

Cependant, au point de vue strictement juridique, dans toute société commerciale, et même dans toute

(1) Bazot, De l'abus de confiance en matière de société, *Revue pratique*, 1864, p. 170 et suivantes.

(2) Dall., *Rép.*, V^o *Ab. de conf.*, n^o 165.

société civile, depuis que la jurisprudence a reconnu à ces dernières la personnalité morale, « le gérant et la société sont distincts, puisque la société, être moral, a son individualité, que le fonds social lui appartient, et que le gérant, simple mandataire, chargé d'administrer, ne peut disposer du patrimoine commun qu'autant que ces dispositions sont nécessaires pour l'exécution du contrat » (1). Il n'est donc pas exact, en droit, de dire « que le gérant ne gère pas seulement dans l'intérêt des coassociés, mais dans le sien propre ». Il est censé gérer, sur le mandat exprès de ces derniers, dans l'intérêt de la société, masse commune de biens. Il l'oblige, dans les limites de son mandat, en même temps qu'il s'oblige lui-même. Si nous laissons même de côté la fiction juridique, si nous nous plaçons à l'époque de la dissolution de la société, lorsque la masse commune sera revenue à l'état d'indivision, le gérant de la société en nom collectif ou de la commandite par intérêt ou par actions se trouvera, en fait, avoir géré, pour une quote-part, ses propres biens, tandis que, pour la part de ses associés, il n'était que mandataire. Sans doute, il était associé, mais il était aussi mandataire ; et peu importe, au point de vue de l'application de l'article 408, que cette dernière qualité ait pris son origine dans la précédente, puisqu'elle est parfaitement distincte. Le méconnaître, c'est méconnaître à la fois une situation de fait et de

(1) Delangle, *Sociétés commerciales*, t. I, n° 320 et suivants.

droit : c'est pourtant ce que fit la jurisprudence jusqu'en 1845 (1). Mais, depuis un arrêt de Cassation du 8 août 1845, approuvé par la quasi-unanimité des auteurs, qu'il s'agisse du gérant de société en nom collectif ou de société en commandite, elle fait application au détournement des fonds sociaux des pénalités de l'article 408. Nous ne parlons pas de l'administrateur de la société anonyme, car le mandat de ce dernier revêt tous les caractères du contrat type (2).

Les mêmes raisons, qui commandent l'application de l'article 408 au détournement commis par un associé, militent en faveur d'une solution identique, lorsqu'il y a appropriation frauduleuse d'un bien indivis par un des copropriétaires. La jurisprudence est, d'ailleurs, en ce sens (3).

Application de l'article 408 à la vente à condition impliquant un mandat. — Pour terminer cet examen

(1) Voir notamment : Cass., 15 janvier 1842, S. 42.1.362, infirmant un arrêt de Rouen.

(2) Cass., 8 août 1845, D. 45.1.364 ; et, entre autres décisions : Cass., 31 juillet 1851, S. 52.1.286 ; Cass., 10 décembre 1858, *Bull. crim.*, 299 ; 14 mars 1862, D. 66.1.364 ; Paris, 6 juillet 1850, D. 52.2.160 ; Chambéry, 8 mars 1867, D. 67.2.46, et arrêts cités par Garraud, *op. cit.*, p. 656 et 657. — Un arrêt de Cassation du 6 juillet 1849 a reconnu, d'autre part, que l'association en participation n'est pas plus exclusive de la stipulation d'un mandat que la société en commandite ou en nom collectif, et que, par suite, le participant qui détourne frauduleusement les valeurs à lui remises par l'autre participant se rend passible des peines de l'abus de mandat (6 juillet 1849, S. 49.1.668). — *Sic* : Garraud, *op. cit.*, p. 656 et suiv. ; Blanche, *op. cit.*, p. 338. — *Contra* : Bédarride, *Société*, t. I, n° 210.

(3) Garraud, *op. cit.*, p. 618, et arrêts cités par cet auteur.

des difficultés soulevées, au point de vue de l'application respective des droits indemnitaire et répressif, par l'abus de mandat, nous devons envisager une situation de fait délicate, dans laquelle le critérium de la distinction des contrats de vente et de mandat repose sur l'intention commune des parties, ou encore sur les clauses accessoires de la convention.

La remise de marchandises, à charge de les rendre ou d'en restituer le prix, peut, en effet, selon les espèces, être réputée avoir eu lieu à titre de dépôt ou de mandat, ou être considérée comme effectuée en vertu d'une vente. Le juge doit se demander, dans cette hypothèse, non seulement si les parties ont entendu, ou non, réaliser un transfert immédiat de propriété, mais si les stipulations insérées dans le contrat, et notamment le droit à une commission de celui à qui la chose est remise, en excluant la qualification de vente, ne révèlent pas un contrat de mandat. La Cour de Toulouse s'est cependant prononcée contre l'application de l'article 408 dans une espèce, où sans doute le prix de vente de l'objet remis avait été fixé définitivement, mais où la stipulation d'une commission au profit du défendeur paraissait commander une solution opposée (1). Cette jurisprudence est, d'ailleurs, contraire à celle de la Cour suprême, qui a décidé, notamment, par arrêt du 18 novembre 1882, « que la remise à un commissionnaire de marchandises con-

(1) Toulouse, 9 juillet 1891, D. 94.2.138.

fiées pour être vendues, et facturées d'après une certaine valeur estimative, alors que le commissionnaire devait garder pour sa rémunération la différence entre cette estimation et le prix de la vente, ne transférerait pas, dans la pensée des parties, la propriété à ce dernier » (1).

D) *Remise à titre de nantissement*. — Plusieurs arrêts avaient, d'ores et déjà, avant la loi du 13 mai 1863, fait application de l'article 408 au détournement de gage par un créancier, en se fondant sur l'article 2079 du Code civil, aux termes duquel le gage n'est entre les mains du créancier qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci. L'un de ces arrêts avait considéré le nantissement comme un contrat mixte participant à la nature du prêt, quant à la chose prêtée, et du dépôt, quant à la chose donnée en nantissement (2). Mais la loi de 1832 intervint, et les Cours revinrent sur leur première jurisprudence, en décidant notamment « qu'il ne suffit pas pour l'application de l'article 408 que les objets détournés aient été remis à la charge de les rendre ; qu'il faut encore que cette remise ait eu lieu en exécution d'un des contrats spécifiés audit article ; que l'énumération de ces contrats complétée en 1832 par l'addition du mandat salarié et du louage, est essentiellement limitative... » (3).

(1) Cass., 18 novembre 1882, S. 84.1.299 et note. — Dans le même sens : Cass., 21 novembre 1898, D. 98.1.432.

(2) Cass., 3 décembre 1818 (Affaire Lefebvre), D. Rép., V° *Ab. de conf.*, n° 112.

(3) Cass., 12 janvier 1853, *Bull. crim.*, 15. — Voir également :

Depuis la loi du 13 mai 1863, le contrat de nantissement est prévu expressément par l'article 408, et la controverse dont nous venons de résumer les phases appartient à l'histoire ; mais l'application de notre texte au détournement commis dans l'exécution de ce contrat a fait naître d'autres discussions, notamment en matière *de gage en numéraire*, et de *contrat de couverture*.

Détournement de gage en numéraire. — La Cour de cassation a décidé, à maintes reprises, que, lorsqu'il résulte des termes d'un traité passé entre deux individus que l'un d'eux, qui exploitait une entreprise commerciale, restait seul maître de l'affaire, et que l'autre, en entrant dans la maison, se trouvait dans un état de subordination incompatible avec la qualité d'associé, le versement d'une somme d'argent par le second au premier, pour la garantie de sa gestion personnelle, présentait les caractères d'un nantissement, et non d'un apport, alors même que cette somme ne devait pas être rendue dans les mêmes espèces, et que la remise avait eu lieu avec stipulation d'intérêts et fixation d'un terme de restitution. En conséquence, en cas d'appropriation frauduleuse de cette somme par le patron, il y a lieu de lui faire application de l'article 408 (1).

Cass., Ch. réunies, 17 mars 1844, S. 42.1.944 ; Cass., 23 mai 1850, *Bull. crim.*, 160.

(1) Cass., 29 novembre 1866, D. 67.1.43 ; 14 mai 1875, D. 76.1.45 ; Cass., 12 décembre 1890, D. 91.1.325 ; Cass., 20 avril 1901, D. 01.1.

Lors d'une des dernières discussions soulevées, en cette matière, devant la Cour suprême, en 1901, le Conseiller rapporteur Accarias s'était cependant prononcé contre la qualification de nantissement, et, reprenant une théorie qui lui était particulièrement chère, avait reconnu dans l'opération « un de ces innombrables contrats innomés auxquels fait allusion l'article 1107 du Code civil ».

Sans méconnaître que le versement des deniers, fait dans de telles conditions, « procédait de la même pensée, et tendait au même but qu'un nantissement ou une constitution de gage », M. Accarias relevait cette différence fondamentale, « qu'il était translatif de propriété », et de là découlaient à ses yeux d'autres différences, notamment celles-ci, « qu'il ne pouvait être question de la responsabilité prévue par l'article 2080, ni du privilège établi par l'article 2073 ».

Cependant il n'est pas contestable que le numéraire puisse faire l'objet d'un gage ; l'article 832 du Code de procédure civile, où il est question d'un nantissement en argent, en témoigne. Il s'agit, en l'espèce, d'un nantissement irrégulier, correspondant au dépôt irrégulier. Vu qu'il a pour objet des choses fongibles, la seule obligation qui naît à la charge du créancier nanti est la restitution, en même quantité, de choses de même

369, confirmant arrêt de Paris du 14 avril 1899 ; Amiens, 24 juin 1875, D. 76.5.7.

espèce et de même valeur. Or l'article 408 ne s'applique pas, ainsi que nous nous sommes déjà efforcé de le démontrer, au détournement des seuls corps certains. Il suffit, pour que le délit d'abus de confiance soit caractérisé, lorsqu'il s'agit de choses fongibles, qu'au moment de l'aliénation de celles-ci le détenteur puisse prévoir une insolvabilité qui ne lui permettra pas de les remplacer et de les restituer.

La stipulation d'intérêts, d'autre part, n'exclut nullement l'idée d'un cautionnement, alors que l'intention des parties de réaliser cet acte juridique, et non un prêt, est formelle. Elle intervient à titre de dédommagement de la privation de jouissance du capital, qui ne saurait demeurer entièrement improductif lorsqu'il est la propriété d'un salarié peu fortuné. Ecarter cette conception, se refuser à faire application, dans cette hypothèse, des pénalités de l'article 408, c'est favoriser la fraude de l'employeur qui consisterait à promettre des intérêts, dans l'intention de ne jamais les verser, ou à stipuler un terme de restitution, et à se mettre ainsi à l'abri des poursuites pénales.

De l'abus de confiance et du contrat de couverture. — Aux termes d'un arrêt, isolé, croyons-nous, de la Cour de Grenoble (1), en date du 18 mars 1899, le contrat de couverture appartiendrait également à la catégorie des

(1) Cour de Grenoble, 18 mars 1899, *Gaz. Trib.*, 1899.2.273.

contrats innomés, que ne prévoit pas l'article 408 du Code pénal. En conséquence le détournement de valeurs au porteur destinées à servir de couverture pour des opérations de bourse ne constituerait pas le délit d'abus de confiance.

Mais cet arrêt est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, ayant eu à se prononcer, à maintes reprises, sur la nature du contrat de couverture, y a reconnu une modalité du contrat de gage. « Attendu, lit-on dans un arrêt de la Chambre civile du 22 mai 1895, que si toute action en restitution de sommes avancées ou de valeurs remises à un intermédiaire sans qualité doit être refusée à quiconque lui a donné mandat d'opérer des négociations de titres, en contravention de l'article 76 du Code de commerce, c'est à condition que ces sommes aient été versées, ou ces valeurs remises, en règlement anticipé ou non anticipé des négociations illégalement effectuées; qu'il en est autrement si ces remises ont été faites à titre de nantissement ou de garantie..... Attendu que dans ses conclusions D.... a soutenu qu'il avait remis à R... et C^{ie}, non pas un règlement anticipé ou non anticipé d'opérations pour son compte, *mais à titre de couverture*, les valeurs dont il réclamait la restitution; que, sans répondre à cette allégation, la Cour de Paris a rejeté la réclamation de D...., et qu'en omettant ainsi de motiver

sa décision, elle a violé l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 » (1).

La Cour de cassation a affirmé de nouveau sa doctrine dans un arrêt plus récent, mais sous la réserve importante d'une distinction, à laquelle nous croyons devoir nous rallier, entre la couverture-gage et la couverture-paiement, distinction basée non pas sur l'intention des parties, mais sur la nature des titres remis à titre de couverture. « Dorénavant (depuis le décret du 7 octobre 1890), lit-on dans les considérants de l'arrêt du 24 juin 1898, il n'est pas douteux que la remise d'une couverture constitue un contrat *sui generis* distinct du nantissement, car s'il en était autrement, il faudrait, pour la réalisation du gage, observer les formes prescrites par les articles 2078 du Code civil, et 93 du Code de commerce. Mais, si la remise d'une couverture constitue un paiement, il n'en peut être ainsi qu'autant que la couverture consiste en ce qui doit faire l'objet du paiement, c'est-à-dire en numéraire ou valeurs assimilables au numéraire, susceptibles par conséquent, en tout lieu et toutes circonstances, d'une réalisation immédiate. Autrement l'on se trouverait en présence d'une mise en gage » (2).

Ce critérium établi par la Cour de cassation doit s'appliquer, à notre avis, non seulement aux rapports en-

(1) Cass. civ., 22 mai 1893, D. 97.1.49, et note de M. Thaller.

(2) Cass. civ., 24 juin 1898, D. 99.1.185. — Voir également Trib. corr. Seine (10^e chambre), 2 mars 1903, aff. Horlaville, brochure.

tre agents de change et clients, mais à tous autres intermédiaires, bien que la liquidation de la couverture, telle qu'elle est organisée par l'article 61 du décret du 7 octobre 1890, ne vise que les premiers. Mais, alors même que la couverture consisterait en espèces, ou en valeurs assimilables au numéraire, tout agent ou intermédiaire, en cas d'appropriation frauduleuse, encourrait les pénalités de l'article 408, puisque le numéraire n'est détenu par lui qu'à titre de mandat, avec affectation au règlement des différences dues aux contre-parties (1).

E) *Remise à titre de prêt à usage.* — Antérieurement à la loi du 13 mai 1863, plusieurs arrêts de Cassation, procédant comme en matière de nantissement, avaient fait tomber le détournement commis dans l'exécution d'un prêt à usage sous les prévisions de l'article 408, par assimilation au dépôt. Un arrêt des Chambres réunies, rendu contrairement aux conclusions du Procureur général Dupin, condamna cette assimilation (2).

(1) La jurisprudence décide, en général, avec raison que le domestique qui détourne la somme dont remise lui avait été faite, à titre d'arrhes, par le maître qui loue ses services, ne commet pas un abus de confiance. La remise de cette somme constitue un moyen de dédit ; elle représente les dommages-intérêts, fixés à forfait, par une clause pénale, en prévision d'inexécution, par chacune des parties, des obligations résultant du contrat de louage de services. Elle ne saurait être considérée comme un gage. — Voir notamment : Cour de Poitiers, 8 novembre 1905, *Pand. fr.*, 1906.2.55.

(2) Cass., 26 avril 1845, *Bull. crim.*, 153. — Voir Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. V, p. 491.

La loi du 13 mai 1863 a mis fin à ces controverses. Cependant, si le contrat de prêt à usage est prévu expressément aujourd'hui par l'article 408, doctrine et jurisprudence discutent sur les faits qui comportent cette qualification. Par un arrêt du 11 avril 1866, la Cour suprême décidait explicitement, sur le rapport de Faustin-Hélie, que, dans l'espèce suivante, il n'y avait pas dépôt, ni, implicitement, prêt à usage. Des montres avaient été remises à une personne pour qu'elle les examinât. Elle avait refusé de les rendre. La Cour de Besançon avait vu, dans cette rétention frauduleuse, une violation de dépôt. Son arrêt fut infirmé par la Cour de cassation, qui décida « qu'il ne suffit pas, pour l'application de l'article 408, que les objets détournés aient été remis à la charge de les rendre ; qu'il faut encore que cette remise ait été faite en exécution de l'un des contrats qui y sont spécifiés » (1).

Or, quelques mois plus tard, au sujet d'une espèce identique, la même chambre de la Cour suprême rendait un arrêt en sens contraire.

Plusieurs montres avaient été remises à une femme J..., l'une pour qu'elle l'examinât, les autres parce qu'elle avait exprimé l'intention de les acheter pour ses enfants. Elle les avait détournées. La Cour de cassation, ayant eu à se prononcer sur la légitimité de l'application de l'article 408 à cette espèce, décida

(1) Cass., 21 avril 1866, *Bull. crim.*, 146.

« qu'en droit, aux termes de l'article 1875 du Code civil, le contrat de prêt à usage réside essentiellement dans la circonstance que la chose est remise à l'emprunteur pour s'en servir, et, en fait, qu'il ressort manifestement des constatations de l'arrêt attaqué que les montres, objets du prêt fait à la prévenue, lui ont été confiées en vue d'un usage ou d'un service quelconque ; attendu, en effet, que la remise de la première de ces montres à la femme J... pour la voir et l'examiner, et la remise des sept autres, à sa sollicitation et au désir exprimé par elle d'en acheter d'autres pour ses enfants, constituent des faits d'usage entrant nécessairement dans les conditions d'un prêt de cette nature... » (1).

Blanche critique les considérants de cet arrêt : « Il m'est assez difficile, dit-il, de croire que, d'après les circonstances constatées par l'arrêt, la femme J... eût fait un contrat de prêt à usage..... Je crois assez volontiers que la femme J... s'était rendue coupable d'abus de confiance ; mais, à mon sens, le contrat qu'elle avait violé était non pas celui de prêt à usage, mais celui de dépôt » (2).

Dans une espèce déjà citée, le Conseiller rapporteur Accarias s'était prononcé, lui aussi, contre la qualification de prêt à usage, en ce qui concerne la remise d'objets à fin d'examen. « Le prêt à usage ou commodat, disait-il, est, aux termes de l'article 1875 du Code civil,

(1) Cass., 8 novembre 1866, S. 67.1.340.

(2) Blanche, *op. cit.*, t. VI, p. 349.

un contrat par lequel une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. Or les bijoutiers de Lyon n'ont pas dit à P... : « Vous vous servirez de nos montres, de nos brillants ; mais vous les examinerez, vous ferez votre choix ; vous nous payerez les autres immédiatement. » Mais examiner des objets, les apprécier, ce ne sont pas là des actes d'usage, c'est-à-dire des actes de jouissance. C'est ce que disait Pothier ; c'est ce que décident encore les meilleurs interprètes du Code civil » (1).

En ce qui concerne l'arrêt de 1866, critiqué par Blanche, la remise de la première montre « pour être examinée », nous paraît constituer, conformément à la doctrine de M. Planiol (2), un prêt à usage, tandis que le détournement des autres montres confiées nous semble plutôt devoir être qualifié abus de dépôt, selon l'avis de Blanche, qui, au sujet de cette décision de la Cour suprême, faisait justement observer que « légalement le dépôt peut avoir lieu dans l'intérêt du dépositaire ».

F) *Remise pour un travail salarié ou non salarié.* — La question du détournement d'objets remis pour un travail salarié ou non salarié ne soulève en pratique. semble-t-il, aucune difficulté. Sous la première de ces qualifications, la jurisprudence réprimait les abus de mandat salarié, avant la loi du 28 avril 1832. Il n'est plus

(1) Cass., 3 décembre 1892, D. 93.1.265.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 625.

contesté aujourd'hui « que les expressions de l'article 408, *travail salarié ou non salarié*, s'appliquent, dans le sens spécial et restreint où elles sont certainement employées, au détournement des marchandises ou de toutes autres choses susceptibles d'être ouvragées, réparées, perfectionnées, en un mot au *louage d'ouvrage ou d'industrie*, dans lequel l'ouvrier ne fournit que son travail ou seulement une partie de la matière » (1).

§ 4. — Des vols qualifiés de l'article 386 et de l'abus de confiance qualifié.

I

Sous la qualification d'abus de confiance par détournement d'objets remis pour un travail salarié, ou à titre de dépôt, et sous les termes de l'article 408, devraient être prévus les agissements « de l'aubergiste, hôtelier, voiturier, batelier ou de leurs préposés, lorsqu'ils ont volé tout ou partie des choses qui leur étaient confiées à ce titre ». Cependant, par suite d'une méprise singulière du législateur, aux termes de l'article 386 § 4 du Code pénal, ces faits sont punis de la réclusion sous la qualification de vol.

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 664 ; et arrêts cités par cet auteur. — Cass., 11 avril 1817, *S. Coll. nouv.*, t. V, 1.307 ; Cass., 6 juillet 1849, *S.* 49.1.688.

Pour découvrir l'origine de cette erreur, il faut se souvenir que, dans l'ancien droit français, alors que l'arbitraire régnait quelque peu dans la répression des faits qualifiés aujourd'hui abus de confiance, et que cette dénomination même était encore inconnue, les détournements commis par les cabaretiers, maîtres de coches et de messageries étaient réputés vols qualifiés (1). Bien que le délit d'abus de confiance fût prévu spécialement depuis la loi de 1791, l'ancienne qualification passa néanmoins dans le droit révolutionnaire, et dans le Code pénal de 1810.

II

a) De même, dans l'ancien droit, sous la qualification de vols domestiques, étaient réprimés aussi bien les abus de confiance que les vols commis par les gens de service et commis. Cette qualification passa globalement dans l'article 386 § 3 du Code de 1810, qui punit de la réclusion le vol commis par le domestique, l'homme de service à gages, l'ouvrier, le compagnon, etc... Mais, par une absence remarquable de parallélisme, l'article 408 ne prévoyait aucune circonstance aggravante résultant de la qualité du coupable. L'adaptation maladroite des anciens textes expliquait seule cette anomalie, à laquelle la loi du 28 avril 1832 a mis fin, en punissant de la réclusion l'abus de confiance commis « par un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, com-

(1) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 567 et suiv.

mis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître ».

L'origine de cette disposition indique suffisamment « que les pénalités de l'abus de confiance qualifié ne sauraient atteindre les ouvriers qui reçoivent des matières premières pour les façonner à domicile ; qu'elle concerne seulement ceux qui travaillent dans l'atelier sous l'autorité du maître » (1).

b) Indépendamment du crime de destruction ou de détournement des actes reçus dans l'exercice de leurs fonctions par des officiers publics ou ministériels, que prévoit l'article 255 du Code pénal, et qu'il réprime par la peine des travaux forcés à temps, la loi du 13 mai 1863 a créé, à la charge de ces mêmes personnes, un crime d'abus de confiance, qui rappelle le vol qualifié des gens d'affaires de notre ancien droit, en cas de détournement de pièces contenant ou opérant obligation ou décharge, ou de fonds, qui leur auraient été remis à un des titres indiqués par l'article 408 du Code pénal. L'étendue d'application de cette disposition a soulevé de vives controverses en doctrine et en jurisprudence (2). Leur examen ne saurait rentrer dans le cadre de cette étude, où nous nous efforçons uniquement de distinguer

(1) Blanche, *op. cit.*, t. VI, p. 359, estime cependant « qu'on devrait appliquer les pénalités de l'abus de confiance qualifié à l'ouvrier travaillant journellement pour le même chef d'industrie, même en dehors de son domicile ».

(2) Voir sur cette controverse, Blanche, *op. cit.*, p. 355 ; Garraud, *op. cit.*, p. 669 et 670.

les domaines rationnels du droit pénal et du droit indemnitaire. Qu'il nous suffise d'indiquer que, tandis que les uns prétendent que si la chose a été remise à l'officier public ou ministériel à cause de relations de famille, d'amitié ou de voisinage, l'abus de confiance, malgré la qualité de l'inculpé, ne sera qu'un délit, les autres prétendent que, quelle qu'ait été la cause déterminante de la remise, la qualité d'officier public ou ministériel suffit pour légitimer la qualification de crime.

CHAPITRE II

DE L'INSOLVABILITÉ FRAUDULEUSE.

Une étude sur la distinction rationnelle de la fraude civile et de la fraude criminelle dans l'exécution des conventions comporte nécessairement un examen de la mesure dans laquelle le droit répressif doit intervenir en cas d'insolvabilité frauduleuse du débiteur. Ici apparaît encore le caractère rigoureusement rationnel de la législation française, qui, par respect du principe que tout le domaine des conventions relève du droit indemnitaire, tandis que seule l'atteinte à la propriété appelle les sanctions de la loi pénale, n'a recours à cette dernière que lorsque, les mesures légales qui ont pour but d'assurer l'efficacité du droit de gage général des créanciers de l'article 2092 ayant, en quelque sorte, dessaisi, provisoirement du moins, le débiteur de la libre disposition de ses biens au profit des créanciers et attribué désormais à ceux-ci un droit certain sur ces biens, le débiteur les détourne frauduleusement. Mais, tandis que le jugement déclaratif de faillite, emportant de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement du débiteur, et pouvant même opérer rétroactivement ce dessaisissement, assure, en tout cas, l'application de l'article 402

du Code pénal aux faits de banqueroute prévus par l'article 592 du Code de commerce, sans qu'aucune autre voie d'exécution forcée soit nécessaire, le jugement qui condamne le débiteur civil n'opère pas ce dessaisissement en faveur du créancier, et si, sans attendre la saisie, le débiteur soustrait frauduleusement ses biens à la poursuite, il échappe aux rigueurs de la loi pénale.

a) *Détournement d'objets saisis*. — Cependant notre droit actuel constitue, à ce point de vue, un progrès sur la législation de 1810. Ce fut, en effet, la loi du 28 avril 1832, complétée par la loi du 13 mai 1863, qui édicta les dispositions insérées aujourd'hui dans l'article 400 § 3 et 4, et prévint le délit de *détournement* ou de *destruction d'objets saisis*, et de *tentative de détournement ou de destruction*, en renvoyant pour l'application des pénalités aux articles 406 et 401 du Code pénal, suivant que le débiteur aura été, ou non, constitué gardien de la saisie.

Avant la loi de 1832, on s'était demandé si celui qui détruit ou détourne des objets saisis sur lui, et confiés à sa garde, devait être considéré comme coupable d'abus de confiance. La jurisprudence s'était, à différentes re-

(1) Art. 400 § 3 et 4. « Le saisi qui aura détruit, détourné, ou tenté de détruire ou de détourner des objets saisis sur lui et confiés à sa garde, sera puni des peines portées en l'article 406.

« Il sera puni des peines portées en l'article 401, si la garde des objets saisis et qu'il aura détruits ou détournés ou tenté de détruire ou de détourner avait été confiée à un tiers. »

prises, prononcée en sens contraire, car les objets mis sous saisie ne cessent pas d'appartenir au débiteur (1).

Nous avons déjà fait remarquer antérieurement que les dispositions de l'article 460 § 3 et 4 n'étaient pas interprétées littéralement par la jurisprudence, mais que l'expression « objets saisis » était prise par elle avec la signification « d'objets légalement mis sous la main de l'autorité publique pour forcer à exécuter certaines obligations » (2).

D'autre part, de même que la nullité du contrat n'est pas un empêchement à la qualification d'abus de confiance, de même la nullité de la saisie ne fait pas obstacle, à notre sens, à l'application de l'article 400 § 3 et 4. La Cour de cassation décide « que le délit existe dès qu'il est constant, d'une part, que le détournement a été commis postérieurement à une saisie régulière, et, d'autre part, que le saisi a agi avec connaissance de la saisie, et, par conséquent, en violant les défenses de la loi. » (3). Et par saisie régulière, elle entend la saisie « qui offre les caractères extérieurs de l'acte, et est

(1) Voir sur ce point, Cass., 29 octobre 1812 et 19 mai 1813, D. *Rép.*, V° *Ab. de conf.*, n° 121.

(2) Garraud, *op. cit.*, p. 527 et suiv.

(3) Cass., 18 mars 1852, S. 52.1.766 ; Cass., 24 février 1872, D. 72.1.147 ; Cass., 18 juillet 1895, D. 96.1.55 ; Cass., 8 novembre 1894, D. 96.1.55 ; Bourges, 7 février 1850, D. 55.2.87 ; Paris, 18 juillet 1862, D. 63.2.155. — M. Garraud prétend « qu'il n'y aurait pas délit, si, par suite d'une nullité quelconque de fond ou de forme, la saisie était *irrégulière* ». La jurisprudence est moins exigeante : elle donne à l'expression « saisie régulière » le sens indiqué au texte.

l'œuvre d'un officier public compétent », sans se préoccuper de sa validité.

M. Garraud estime enfin que du caractère spécial du délit de détournement d'objets saisis, on doit conclure que « l'immunité pénale de l'article 380 ne pourrait être invoquée dans les rapports de certains parents ou alliés ». Ainsi que le fait observer un arrêt de Cassation, cité par cet auteur, « les dispositions pénales susvisées n'ont, en effet, pour objet que d'assurer le respect dû aux actes de l'autorité publique et de protéger l'intérêt du créancier saisissant, celui des tiers qui peuvent avoir des droits à exercer sur les objets mis sous la main de la justice, ou le produit de leur vente, enfin celui du gardien préposé à la saisie et responsable de la disparition des objets confiés à sa surveillance ; dès lors l'immunité établie par l'article 380 du Code pénal, au cas d'une soustraction qui lèse exclusivement la personne unie par un lien étroit d'affection à l'auteur du fait délictueux, ne peut être étendue à un cas différent, sans analogie par sa nature et ses conséquences avec celui que prévoit l'article 380 du Code pénal ». Il n'était donc pas besoin de la disposition de l'article 400 *in fine* pour exclure en notre matière l'application de l'article 380 (1).

(1) Cass., 28 avril 1857, D. 57.1.226. — Article 400, *in fine* : « Celui qui aura recélé sciemment les objets détournés, le conjoint, les ascendants et descendants du saisi, du débiteur, de l'em-

b) *Détournement de gage*. — « La disposition qui concerne le détournement d'objets saisis existant depuis 1832, faisait observer l'exposé des motifs de la loi de 1863, on ne s'explique pas facilement que la prévision de la loi, éveillée par la jurisprudence, ne se soit pas portée aussi sur la soustraction de la chose donnée en gage (1). » Cette mesure eût été, en effet, rigoureusement logique, en raison du droit réel du créancier nanti. Cependant la loi de 1863, qui répara cette omission par une disposition insérée dans l'article 400 § 5, et reproduite dans la plupart des législations étrangères, fût peut-être, elle aussi, demeurée muette sur ce point, si l'attention du législateur n'avait été mise en éveil par la fraude récente dont venait d'être victime un établissement de crédit. Cet établissement avait prêté de fortes sommes, s'élevant à plusieurs centaines de mille francs, sur des quantités considérables de fer et de fonte ; toutes les conditions légales du nantissement avaient été remplies ; le contrat était parfait. Mais, la faillite de l'emprunteur étant survenue, lorsque le créancier voulut

prunteur, ou tiers donneur de gage qui l'auront aidé dans la destruction, le détournement, ou dans la tentative de destruction ou de détournement de ces objets, seront punis d'une peine égale à celle qu'il aura encourue. »

(1) Loi de 1863, D. 63.4, p. 76 et suiv. — Art. 400 § 5 : « Les peines de l'article 401 seront également applicables à tout débiteur, emprunteur ou tiers donneur de gage qui aura détruit, détourné ou tenté de détruire ou de détourner des objets par lui donnés à titre de gages. »

réaliser son gage, celui-ci avait disparu : l'emprunteur l'avait détourné et dissipé.

La disposition de l'article 400 § 5, d'une application pratique assez rare, complète ainsi l'ensemble des mesures prévues par notre loi pénale en vue de la protection des créanciers contre l'insolvabilité frauduleuse de leur débiteur.

c) *Législation comparée.* — Si nous comparons cette protection légale du créancier, au point de vue pénal, aux dispositions analogues des législations étrangères, son insuffisance nous apparaît avec évidence. Sans parler des pays où, la faillite étant commune aux commerçants et aux non commerçants, la garantie des pénalités de la banqueroute frauduleuse ou simple protège aussi bien la créance civile que la créance commerciale, un certain nombre de législations étrangères, dans lesquelles l'institution de la faillite est purement commerciale, prévoient un délit d'insolvabilité frauduleuse à l'encontre des débiteurs qui ne sauraient être déclarés en faillite : telles notamment les législations portugaise, espagnole, néerlandaise, norvégienne et suédoise. En Hongrie, la faillite est commune aux commerçants et aux non commerçants ; nous relevons néanmoins dans l'article 387 du Code pénal hongrois l'intéressante disposition suivante : « Tout débiteur, en état d'insolvabilité qui, dans le dessein de nuire à ses créanciers, commet un des actes prévus à l'article 414, si sa faillite n'a pas été ouverte, soit parce qu'il n'a qu'un simple

créancier, soit parce que l'actif ne suffirait pas à couvrir les frais de la faillite, sera puni, suivant l'article 383, d'après le montant du dommage causé. » Il en est de même en Autriche.

Dans les législations précitées, au crime de banqueroute frauduleuse correspond un délit caractérisé, selon la définition de l'article 449 du Code portugais, par le fait que « le non commerçant qui devient insolvable dissimule ou aliène frauduleusement ce qu'il possède ». Puni moins rigoureusement que la banqueroute frauduleuse, ce délit n'exige pas, pour son existence, une saisie. Cette exigence de notre droit permet à l'insolvable de faire disparaître ses biens avant de tomber sous l'application de la loi pénale. Or l'ordre public est trop intéressé à ce que toute insolvabilité frauduleuse dûment constatée soit réprimée par la loi pénale, pour que le législateur, en la matière, se montre esclave des principes rationnels (1).

(1) Art. 282 du Code norvégien ; 447 du Code espagnol ; 199 du Code autrichien ; 346 du Code néerlandais. — Le Code suédois (Loi du 20 juin 1890, chap. XII, art. 2) considère comme escroc : « Celui qui, sous l'apparence d'une vente, donation ou autre contrat, aliène un bien pour empêcher la saisie, ou, de toute autre manière, empêche autrui de faire valoir ses droits sur ses biens. »

APPENDICE

A

LA THÉORIE DES DÉLITS D'ESCROQUERIE ET D'ABUS DE CONFIANCE.

§ 1. — De la novation.

C'est un principe essentiel de notre droit, que les transactions sur l'intérêt civil résultant d'un délit n'empêchent pas les poursuites du ministère public ; la maxime elle-même « *Una via electa non datur recursus ad alteram* » n'est pas opposable au ministère public exerçant des poursuites dans une affaire précédemment soumise à la juridiction civile (1). Cependant, alors que le délit est nettement caractérisé, il n'est pas rare de voir des coupables d'escroquerie et d'abus de confiance s'efforcer de paralyser l'action publique, en prétendant que la remise des valeurs ou des fonds a été suivie d'un arrangement, qui a nové le contrat primitif et fait ainsi disparaître la criminalité de l'acte. En réalité, neuf fois sur dix, cette opération, que le défendeur, bien inutilement d'ailleurs, voudrait faire considérer comme une novation, consiste en un règlement de dette par souscription de billets, règlement auquel le débiteur se

(1) Cass., 8 décembre 1893, D. 97.1.266.

trouve acculé par son insolvabilité, et qui, sans faire disparaître la précédente obligation, en suspend seulement l'exécution (1). Mais, alors même qu'il s'agirait d'un accord répondant au caractère légal de la novation, encore faudrait-il que cette nouvelle convention intervînt avant la perpétration du délit. « Si la novation suit au lieu de précéder l'abus de confiance, faisait observer dans une affaire récente d'escroquerie et d'abus de confiance le ministère public, je me demande en vertu de quel principe, de quel texte, comment elle pourrait faire disparaître le fait délictueux, qui, avant le survenance de la transaction nouvelle, présentait tous les caractères de criminalité exigés par la loi, et dont la répression est poursuivie non seulement en raison de la lésion d'un intérêt particulier ou individuel, mais encore et surtout à cause de l'atteinte portée à l'ordre public. Cet arrangement nouveau ne peut exercer aucune influence sur l'abus de confiance à ce moment qualifié, pas plus que le désintéressement opéré, après le vol, ne saurait faire échec à l'action publique (2). »

Ces arguments sont irréfutables, au point de vue juridique. Nous les retrouvons exprimés par M. Garraud, sous une forme peut-être plus ambiguë. « Dans tous les cas, dit cet auteur, si le titre primitif qui a motivé la remise a été nové par le créancier, si celui-ci

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 572.

(2) Réquisitoire de M. l'avocat de la République Grandjean, dans l'affaire Horlaville, Seine, 31 mars 1905 (Brochure).

a consenti à ne plus voir dans son débiteur un mandataire, un dépositaire, etc., cet élément de l'abus de confiance disparaît rétroactivement par le changement du caractère même de la remise des fonds ou valeurs qui ont été dissipés ou détournés. Du reste cette solution n'est vraie que si la novation est antérieure à la poursuite ou à la menace de poursuites, c'est-à-dire si elle intervient avant que l'abus de confiance soit définitivement consommé » (1).

La jurisprudence s'est attachée aux critères de la consommation du délit et de la volonté libre chez la victime (2) ; mais elle semble n'avoir pas toujours fait la distinction nécessaire entre la novation véritable et le simple règlement en billets. Un arrêt de la Cour suprême du 17 décembre 1880 a, notamment, décidé que le mandataire qui, après avoir vendu des marchandises et en avoir touché le prix, s'est abstenu, contrairement à ce qui était convenu, d'envoyer les fonds au mandant, ne peut être déclaré coupable d'abus de confiance, s'il y a eu novation de la dette, au moyen de la remise au mandant, et de la libre acceptation par lui, de traites à trois mois créées par le mandataire sur lui-même, alors même que ces traites seraient restées impayées à l'échéance (3).

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 643.

(2) Cass., 6 février 1858, *D. Supp. Rép. V° Ab. de conf.*, n° 34 ; 12 mai 1864, *D.* 65.1.198 ; Ch. réunies, 3 janvier 1889, *D.* 89.1.319 ; 16 décembre 1893, *D.* 94.1.574 ; Cass., 28 octobre 1899, *S.* 02.1.302.

(3) Cass., 17 décembre 1880, *Loi* des 20 et 21 décembre 1880.

§ 2. — De l'immunité pénale entre parents et alliés.

Tandis que la question de la novation ne se pose qu'au sujet des deux délits d'escroquerie et d'abus de confiance, la théorie des immunités pénales, qui, *ratione personae*, fait passer du terrain du droit répressif dans le domaine du droit indemnitaire des actes qui relèveraient rationnellement du premier, est commune au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance. Elle ne vise expressément, dans l'article 380 du Code pénal, que le premier de ces délits ; mais elle a été étendue par l'interprétation unanime de la doctrine et de la jurisprudence, pour des raisons impérieuses de logique juridique, à l'abus de confiance et à l'escroquerie (1).

Aux termes de l'article 380 : « Les soustractions commises par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres ascendants, par des pères et mères ou autres ascendants, au préjudice de leurs enfants ou autres descendants, ou par des alliés aux mêmes degrés, ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles.

« A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé

(1) Voir Garraud, *op. cit.*, t. V, p. 415 ; Cass., 28 avril 1866, S. 67.1.1.46 ; Toulouse, 9 avril 1850, S. 51.2.350 ; Orléans, 10 janvier 1859, D. 59.2.190.

ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. »

Ce texte affirme, en somme, le maintien des principes qui, en vigueur à Rome, (1) furent également mis en pratique dans notre ancien droit. Celui-ci n'accordait que des réparations civiles, en cas de vols « faits par les enfants à leurs parents, ou par les maris à leurs femmes » ou réciproquement, de même qu'en cas de recel par la veuve des effets de la communauté : « dans tous ces cas, dit Muyart de Vouglans, c'est un véritable vol... ; mais, pour des motifs de bienséance et honnêteté publique, des actions civiles sont seules accordées » (2).

Le Code de 1810 consacre d'ailleurs, *in honorem matrimonii*, une extension de cette théorie, en ce qui concerne l'alliance. On ne peut qu'en approuver l'esprit. Cependant, peut-être conviendrait-il d'en restreindre l'application à la durée du mariage, ou du moins de ne l'admettre qu'au cas où des enfants seraient nés de l'union qui aurait créé cette alliance. En tout cas, il y aurait lieu de mettre fin à l'anomalie choquante qui assure l'impunité au second mari de la mère, cotuteur légal, lorsqu'il détourne les biens de l'enfant mineur, né d'un premier mariage de sa femme, alors que l'inflexibilité des principes exclut l'immunité de l'article 380 dans les rapports entre enfants naturels, et ascendants de leurs père et mère (3).

(1) Ulpien, Dig., 47.2.17, *principium* ; Paul, Dig., 47.2.25, § 2, et 32, § 1.

(2) Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 553 ; Jousse, *op. cit.*, p. 105.

(3) Sur la nécessité de la reconnaissance légale par les père et mère

La plupart des législations étrangères contiennent des dispositions analogues à celles de l'article 380 du Code pénal ; mais, réserve faite du point spécial signalé, il est permis de juger que la plupart de ces dispositions sont moins heureuses que celles du texte français. Avec des variantes, les Codes pénaux allemand, hongrois, néerlandais, suédois, norvégien, l'avant-projet de Code pénal suisse ont cru devoir substituer à l'immunité totale de l'article 380 la subordination des poursuites à une plainte de la partie lésée. Il nous paraît préférable, en cas de délits contre la propriété, de repousser toute intervention du ministère public, que d'associer de manière très étroite la personne lésée aux poursuites contre ses proches parents. La première conception répond mieux aux exigences de la conscience morale. Nous devons toutefois signaler que les deux systèmes se trouvent combinés dans les Codes allemand, portugais, néerlandais, et l'avant-projet de Code pénal suisse (1).

de l'enfant naturel, pour que le bénéfice de l'article 380 puisse être invoqué, voir Garraud, *op. cit.*, p. 418, en note.

(1) Code pénal allemand, § 247 ; néerlandais, § 316 ; hongrois, § 342 ; norvégien, § 279 ; avant-projet de Code pénal suisse, § 72 ; suédois, chap. 22, art. 20 ; portugais, § 431.

Le système français est adopté par les Codes pénaux : belge, § 462 ; espagnol, § 580 ; genevois, § 317.

Le Code italien, article 433, étend l'immunité totale aux « frères et sœurs qui vivent en famille avec l'auteur du fait ; les poursuites contre les parents plus éloignés, oncles et tantes, neveux et nièces, cousins et cousines, ne peuvent être exercées par le ministère public que sur la plainte de la personne lésée ».

CONCLUSION

I

Nous avons déjà critiqué, au cours de cette étude, l'insuffisance de la répression pénale, en droit français, dans la matière de l'insolvabilité frauduleuse. Si nous en croyons certains jurisconsultes, la distinction du dol civil et du dol criminel, en cas de tromperie dans la conclusion d'une convention, telle qu'elle résulte de notre loi pénale, ne répondrait pas davantage aux exigences de l'ordre public et de la morale : « Que le mensonge pris en lui-même et dépourvu de mobile délictueux, disait un des représentants de la France au Congrès de Budapest de septembre 1905, ne soit pas un délit, tout le monde en est d'accord ; mais qu'il ne devienne pas un délit, alors qu'il a pour mobile le dessein de s'approprier le bien d'autrui, c'est alors que nous croyons la morale et l'ordre public en opposition complète avec cette idée : à notre sens, l'intérêt social exige que les honnêtes gens soient protégés contre les dupeurs assez habiles pour les tromper par de simples mensonges. L'honnête homme a foi dans la parole d'autrui, parce qu'il est lui-même incapable de tromper. Pourquoi ne reviendrait-on pas à cette distinction du *dolus*

bonus et du *dolus malus*, ce dernier étant toute fraude préjudiciable à autrui. De même que le faux est punissable aussitôt qu'il porte préjudice, ainsi le dol deviendrait un délit lorsque son auteur aurait pour but de s'approprier le bien d'autrui » (1).

Sans insister sur l'erreur commise par M. le juge d'instruction Berlet, en ce qui concerne la distinction entre le *dolus bonus* et le *dolus malus*, qui ne correspond nullement à la distinction du dol civil et du dol criminel, mais à la distinction du dol purement moral et du dol civil, ni sur cette étrange comparaison entre le dol, pris dans son sens général, et le faux qui n'en est qu'une manifestation, il faut avouer que M. Berlet semble méconnaître absolument l'esprit qui a inspiré la rédaction de l'article 405 du Code pénal. Le législateur de 1810 entendait réprimer, dans la mesure du possible, tout dol poursuivant la seule appropriation du bien d'autrui, sous l'apparence de la convention. Mais la preuve certaine de l'intention délictueuse ne lui paraissait possible que lorsque le coupable aurait eu recours aux moyens indiqués limitativement par lui dans l'article 405. L'expérience lui avait révélé que, dans un grand nombre de cas, l'inexécution de mauvaise foi de la convention ne permettait pas néanmoins de discerner si

(1) Rapport de M. Berlet, juge d'instruction à Clamecy, au nom de la commission de législation pénale du Congrès pénitentiaire de Budapest (*Bulletin de la commission pénitentiaire internationale*, 5^e série, livr. IV, 1905, p. 478 et suiv.).

l'intention frauduleuse avait été concomitante de la conclusion de la convention, tandis que, dans d'autres cas, une dissimulation dolosive n'empêchait pas que, dans l'intention des deux parties, il n'y eût volonté de conclure une convention sérieuse, dont la connaissance devait appartenir normalement à la juridiction civile. Que le signe révélateur de la seule intention de spolier adopté par le législateur se trouve parfois en défaut, et que la pratique amène alors le renversement des principes théoriques, nous ne le méconnaissons pas ; nous avons déjà fait allusion à cette faiblesse de notre loi. Le critérium établi par elle n'en est pas moins logique, puisque l'escroquerie n'est qu'une variété du vol.

Cependant la conception défendue par M. Berlet, au Congrès de Budapest, se trouve aujourd'hui consacrée par un certain nombre de Codes étrangers, notamment le Code allemand de 1877, et le plus récent des Codes pénaux européens, le Code norvégien de 1904. Ces législations ont scindé, en quelque sorte, les délits contre la propriété en deux catégories : l'une représentée par le vol et le détournement, délits extra-conventionnels, l'autre par l'escroquerie ou tromperie, et la gestion infidèle ou abus de confiance, qui sont les deux espèces du dol criminel.

« Quiconque, dit l'article 263 du Code allemand, en vue de se procurer à lui-même ou à un tiers un gain illicite, aura porté préjudice à la fortune d'autrui en

provoquant ou entretenant une erreur, soit par l'allégation de faits qu'il sait être faux, soit par l'altération ou la simulation de faits véritables, sera, comme coupable de tromperie (Betrug), puni d'emprisonnement, et pourra de plus être condamné à une amende de 300 marks au plus, et privé de l'exercice des droits civils. » Si nous comparons maintenant la rédaction de l'article 270 du Code norvégien, objet de tant de controverses, nous pourrions constater qu'elle n'est qu'une reproduction des termes de cet article 263 du Code pénal allemand, avec une addition sans importance. Aux termes de ce texte : « Quiconque, dans le but de procurer un gain illicite, induit ou aide à induire une personne en erreur, la confirme ou aide à la confirmer dans cette erreur, afin de la mener à la perte d'une partie de ses biens, ou des biens de son mandataire, est coupable d'escroquerie. »

De même que le Code pénal grec de 1835, qui punit comme escroc « celui qui, voulant nuire à autrui ou se procurer un gain illicite, présente sciemment des choses fausses comme vraies, cache ou passe sous silence illicitement des choses vraies, et par là nuit à autrui, ou se procure un profit à lui-même », les Codes allemand et norvégien ont le grave défaut de faire désormais de toute convention la source d'un procès criminel : le droit indemnitaire apparaît, avec eux, comme solidaire et accessoire, sur ce point, du droit répressif ; le dol civil, dans la conclusion d'une convention, s'absorbe dans le dol

criminel. Ces lois ne distinguent plus dans leurs définitions, aussi peu précises que peu rassurantes, entre l'escroc qui, sous le masque de la convention, ne recherche que la spoliation et le vol, et les commerçants « qui, selon la formule du professeur Tybaldo-Bastia, reculant devant le vol proprement dit, n'éprouveraient aucune hésitation à employer la ruse, l'exagération, la dissimulation entachée d'indélicatesse, le mensonge même, pour arriver à conclure un marché avantageux pour eux (1) ». Les faits prévus par l'article 1645 de notre Code civil, à savoir la dissimulation des vices cachés, pourraient eux-mêmes rentrer dans les prévisions des textes précités. En supposant que telle ne soit pas la pensée du législateur, l'interprète pourrait facilement la dépasser ; car, lorsque l'expression de cette pensée est aussi vague et lâche, aucun frein n'est mis à l'interprétation arbitraire du juge, qui pourra réprimer le dol le moins grave, et laisser impuni, à l'occasion, l'escroc le plus avéré.

Nous n'hésitons donc pas à nous prononcer contre la définition de l'escroquerie des Codes allemand, norvégien et grec, qui, en voulant atteindre tout escroc qui mérite une punition, semblent « s'en remettre au

(1) Rapport de M. Tybaldo-Bastia au nom de la commission de législation pénale du Congrès pénitentiaire de Budapest (*Bulletin de la commission pénitentiaire internationale*, 5^e série, livr. IV, 3^e vol., 1903, p. 419 et suiv.).

juge, selon le mot du professeur Simons, du soin de décider ce qui est punissable ou non » (1).

D'autres législations, plus restrictives, telles les législations autrichienne, suédoise, et même italienne, emploient les expressions vicieuses « d'insinuations ou agissements frauduleux », ou encore de « ruses », dont l'imprécision ne garantit pas suffisamment les inculpés contre l'arbitraire du magistrat.

Sans insister sur la législation belge, dont l'article 496 du Code pénal, lors de la réforme de 1867, subit une modification de forme qui n'en changea ni l'esprit ni l'étendue d'application, nous abordons les deux formules qui nous ont paru le plus satisfaisantes, celles de l'article 326 du Code pénal néerlandais, et de l'article 379 du Code hongrois, dont l'esprit est le même, sans doute, que celui de notre article 405, mais dont la forme prête moins à la critique.

« Est puni comme coupable d'escroquerie, dit le premier de ces textes, d'un emprisonnement de trois ans au plus, celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un profit illégal, aura déterminé quelqu'un à livrer une chose ou à contracter une obligation ou à éteindre une créance, soit en prenant un faux nom ou une fausse qualité, soit par des manœu-

(1) Rapport au Congrès de Budapest de M. Simons, professeur de droit pénal à l'Université d'Utrecht (*loc. cit.*, 5^e série, livr. II, 3^e vol., 1905, p. 147 et suiv.).

(2) Code pénal autrichien, art. 197 ; suédois, chap. xxii, § 1 ; italien, art. 413.

vres frauduleuses, soit par une combinaison de mensonges. »

Aux termes de l'article 379 du Code hongrois : « Qui-conque, dans le dessein de se procurer ou de procurer à autrui un avantage pécuniaire illégitime, induit ou maintient une personne en erreur par des manœuvres frauduleuses, et lui cause un dommage pécuniaire, commet une tromperie. »

La première de ces deux définitions est la plus compréhensive, et par la mention de « la combinaison de mensonges », elle met fin aux hésitations doctrinales et jurisprudentielles sur le point de savoir si ce moyen dolosif est compris dans l'expression « manœuvres frauduleuses ». Mais si la seconde présente des lacunes, sa rédaction plus brève, où ne figure pas l'inutile énumération « aura déterminé quelqu'un à livrer une chose ou à contracter une obligation ou à éteindre une créance », séduit davantage. Toutes deux, au reste, comme la plupart des législations étrangères, et notamment la législation belge réformée, mentionnent en tête de la définition de l'escroquerie l'élément essentiel du délit, relégué par notre Code en fin de texte : l'appropriation illégitime de la fortune d'autrui.

Cette appropriation illégitime de la fortune d'autrui, qui représente l'élément commun à tous les délits contre la propriété, qu'ils soient qualifiés vol, escroquerie ou abus de confiance, se confond peu rationnellement, dans les définitions précitées de certains Codes étrangers,

avec la mauvaise foi dans la conclusion d'une convention : ces Codes entendent, en effet, réprimer, sous la qualification d'escroquerie, tous mensonges et toutes dissimulations qui se produisent dans la conclusion d'un acte juridique sérieux, où chacune des parties a l'intention de fournir sa contre-prestation, bien que l'une d'elles entende tirer de l'accord un profit exagéré.

II

Dans les Codes allemand et norvégien, et dans d'autres encore, tels que les Codes hongrois et suédois, correspond à cette répression de la mauvaise foi dans la conclusion des conventions, qui résulte, somme toute, de la définition de l'escroquerie adoptée par les premiers de ces Codes, une répression de la mauvaise foi proprement dite dans l'exécution des conventions, prévue sous la forme d'un délit de « gestion infidèle ». Les législateurs allemand et norvégien, pour qu'il fût bien établi que ce parallélisme était chose voulue par eux, ont donné place à ce délit sous le même titre que la tromperie ; tandis que les délits réprimant les atteintes proprement dites à la propriété d'autrui sont visés dans un titre spécial, où se trouvent réunis le vol et le détournement, ce dernier correspondant au délit de l'article 408 du Code pénal français.

« Seront punis comme coupables d'infidélité (Untreu) de l'emprisonnement et de la privation des droits civiques, ou de la première de ces deux peines seule-

ment, dit l'article 266 du Code pénal allemand, dans une énumération inutilement prolixe :

« 1° Les tuteurs, curateurs, administrateurs de biens, séquestres, syndics ou gérants de masse, exécuteurs testamentaires, administrateurs de fondations, lorsqu'ils auront volontairement agi au détriment des personnes ou choses confiées à leur surveillance.

« 2° Les mandataires qui auront volontairement agi au détriment des personnes ou des choses confiées à leur surveillance.

« 3° Les arpenteurs, commissaires-priseurs, courtiers, expéditeurs, commissionnaires, peseurs, mesureurs, trieurs, essayeurs, arrimeurs et autres personnes assermentées, lorsque, dans l'exercice de leurs fonctions, ils auront volontairement porté préjudice à ceux dont les intérêts leur auront été confiés.

« Si l'infidélité a été commise en vue d'obtenir, ou de procurer à autrui un avantage, le coupable pourra, en outre de la peine de l'emprisonnement, être condamné à une amende de 1.000 thalers au plus. »

De cette disposition générale nous pourrions rapprocher les textes qui prévoient, de manière spéciale et superflue, le même délit, à la charge d'individus faisant partie d'une des catégories ci-dessus énumérées : l'article 79 de la loi du 22 juin 1896 sur les Bourses (1), qui vise les agissements du commissionnaire, et l'article 356

(1) Voir loi du 22 juin 1896, dans *Annuaire de législation étrangère* année 1897 ; traduction et notice de M. Thaller.

du Code pénal, qui réprime l'infidélité des avocats et mandataires judiciaires. L'article 482 du Code hongrois contient, en ce qui concerne les avocats, une disposition particulière analogue à celle du Code allemand, et la présence d'une disposition de ce genre marque bien la différence d'esprit de ces Codes et de notre loi pénale, dont le caractère scientifique et abstrait répugne à créer des délits visant des catégories spéciales d'individus. Néanmoins, à la décharge du législateur de Hongrie, nous devons dire que, s'il a consacré quatre articles au délit d'infidélité, la définition qu'il en a donnée, dans l'article 361 du Code pénal, a le mérite, tout en étant aussi compréhensive que celle du Code allemand, d'être beaucoup plus brève. « Celui à qui est confié, dit ce texte, le soin ou la garde du bien d'autrui, et qui, en cette qualité, sciemment et volontairement, cause un dommage pécuniaire à celui dont il a le devoir de soigner les intérêts, commet le délit de gestion infidèle, et sera puni de 3 ans de prison. »

Aux termes de l'article 363 : « La gestion infidèle constitue un crime et sera punie de cinq ans de réclusion au maximum, si l'auteur la commet pour se procurer ou procurer à autrui un avantage pécuniaire. »

L'article 275 du Code norvégien, et le chapitre xxii, § 14 du Code suédois sont conçus en termes analogues, et dans le même esprit (1).

(1) Art. 275 du Code de Norvège : « Quiconque, dans le but de procurer un bénéfice illicite, ou de nuire à quelqu'un, néglige les

Quelle que soit la formule de ces dispositions, prolixes ou concises, leur adoption par le législateur français ne nous paraît pas désirable. Tout délit suppose une intention de nuire, et se manifeste par un préjudice matériel ou moral ; mais le délit civil répond aussi bien à cette définition que le délit criminel. D'autre part, dans la gestion infidèle, nous ne reconnaissons plus l'appropriation frauduleuse du bien d'autrui, qui pourrait permettre de la considérer comme une ramification du vol : dès lors, elle ne nous paraît pas motiver rationnellement l'intervention de la loi pénale.

Au surplus, le danger de l'arbitraire que nous signalions plus haut au sujet de certaines dispositions qui, dans des Codes étrangers, visent l'escroquerie, n'est pas moins à redouter dans notre matière, puisque toute mauvaise ou maladroite gestion pourra motiver un procès criminel, et que la délimitation du dol civil et du dol criminel reposera le plus souvent sur une appréciation psychologique du juge, qui ne pourra toujours discerner

affaires confiées à sa direction ou à sa surveillance, ou dans cet ordre d'idées agit contre les intérêts d'autrui, est condamné à une amende ou à 3 ans de réclusion au plus. » Ces faits sont qualifiés crime, lorsque les circonstances accessoires sont telles que, même sous l'empire de la loi française, il y aurait crime.

Ch. 22, § 14 du Code suédois : « Si un mandataire, dans une affaire qui lui est confiée, agit frauduleusement envers son mandant, soit par ses écrits, soit par ses conseils ou de toute autre manière, et le fait au détriment du mandant, ou à l'avantage de lui-même ou d'autres personnes, ou s'il est autrement infidèle envers lui, on applique l'article 2, et le mandataire sera déclaré indigne du pouvoir de représenter autrui en justice. »

avec exactitude si la négligence a été inconsciente, ou volontaire et frauduleuse.

De telles dispositions marquent une tendance regrettable du droit pénal dans le sens de l'arbitraire, tendance provoquée par la différenciation qu'a établie le législateur moderne entre les diverses variétés du vol, et qui lui a fait perdre de vue le point de départ de la répression pénale, en ces matières.

A notre avis, parmi les fraudes commises en cours de convention, le détournement seul doit appeler une sanction pénale, qui, entièrement rationnelle, ne laisse d'autre part aucune place à l'arbitraire du juge.

Nous avons critiqué, à propos de notre article 408, l'énumération des titres de la remise de la chose dans un texte qui prévoit le détournement. Lorsqu'elle est complète, cette énumération est inutile ; incomplète, elle est illogique (1) : aussi les pays étrangers qui vivaient sous l'empire de nos Codes l'ont-ils bannie lors de la réforme de leurs lois criminelles. L'article 496 du Code pénal de Belgique dispose, notamment, que « Quiconque aura frauduleusement, soit détourné, soit dissipé au préjudice d'autrui des effets, deniers, marchandises, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge, et qui lui avaient été

(1) Voir cependant la loi anglaise du 9 août 1901, qui a amendé la loi de 1861 sur l'abus de confiance (Larceny act), et qui, contrairement aux lois les plus récentes, rappelle le système français par l'énumération limitative des titres de la remise.

remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou emploi déterminé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans. »

De cette définition il nous faut rapprocher celle du Code italien : « Quiconque, dit son article 417, s'approprie en la détournant à son profit ou au profit d'un tiers une chose appartenant à autrui, et qui lui a été remise en vertu d'un titre quel qu'il soit, emportant obligation de la restituer ou d'en faire un emploi déterminé, est puni, sur la plainte de la partie lésée, de la réclusion, qui peut être portée à deux ans, et d'une amende de cent livres au plus » (1).

Ces dispositions constituent déjà un progrès sur la formule de notre Code pénal de 1810 ; mais nos préférences vont au système adopté par un certain nombre de législations étrangères qui, sous une même qualification et dans une même définition, prévoient tout détournement, sans se préoccuper des circonstances qui ont procuré au coupable la possession ou la détention de l'objet du délit. Tel est le système du Code pénal allemand, en vertu duquel l'abus de confiance, au sens français du mot, est une circonstance aggravante du délit de détournement (2). Il est également admis par le

(1) La rédaction de l'article 452 du Code espagnol est analogue à celle des articles 496 du Code belge et 417 du Code italien.

(2) Article 246 du Code pénal allemand : « Quiconque s'approprie illégalement un objet mobilier qui ne lui appartient pas, mais qui est en sa possession ou sous sa garde, se rend coupable de détournement et sera puni de l'emprisonnement pendant trois ans au plus,

Code néerlandais et le nouveau Code norvégien (1).

Les définitions de ces lois ont l'avantage de ne permettre aucune équivoque sur le motif de la répression du délit qualifié abus de confiance ou détournement, en ne faisant pas de son origine conventionnelle un élément nécessaire du délit. La définition suivante du Code pénal néerlandais est remarquable entre toutes. « Celui

et, *si cet objet a été confié*, de l'emprisonnement pendant cinq ans au plus. » Ce texte appelle une observation. On croirait, à *priori*, que l'engagement de la chose par le détenteur, qui constitue, somme toute, un acte de propriétaire, caractérise le délit. Telle n'est pourtant pas l'interprétation qui a prévalu ; une analyse de l'intention des auteurs d'actes de disposition ne constituant pas, par eux-mêmes, une aliénation définitive de la chose qui fait l'objet de la détention, s'impose encore à l'interprète avant qu'une condamnation soit prononcée. De là l'utilité de la disposition suivante de la loi du 5 juillet 1896, sur les *obligations des commerçants relativement à la garde des valeurs mobilières appartenant à autrui* (*Annuaire de législation étrangère*, année 1897, p. 428) : « Quand, en dehors de l'article 246 du Code pénal, un commerçant dispose illégalement dans son propre intérêt ou dans l'intérêt d'autrui des titres de l'espèce indiquée à l'article 1^{er}, qui lui ont été remis, soit en dépôt ou gage, soit en qualité de commissionnaire par son commettant, il est passible d'un emprisonnement d'un an au maximum, et d'une amende de 300 marks au maximum, ou d'une de ces deux peines ».

(1) Article 255 du Code pénal norvégien : « Quiconque, dans un but de gain illicite, s'approprie un bien meuble appartenant à autrui, en tout ou en partie, ou nie en être détenteur quand on le lui aura confié, ou s'en défait, ou l'emploie sans droit, ou contribue à un de ces crimes, est coupable de détournement. »

Le Code hongrois (art. 355) semblerait adopter le système des Codes précités, lorsqu'il dispose que « commet un détournement quiconque, ayant en sa possession ou détention une chose mobilière appartenant à autrui, se l'approprie ou l'engage sans droit ». En réalité, comme il prévoit spécialement (art. 365) le délit d'appropriation illégitime d'une chose trouvée, une convention existe nécessairement, d'après ce Code, à la base du délit de détournement.

qui s'approprie illégalement, dit l'article 321, une chose appartenant en tout ou en partie à un autre, ou dont il est détenteur autrement que par suite d'un délit, est puni comme coupable de détournement d'un emprisonnement de trois ans au plus et d'une amende de soixante florins au plus. »

Un texte de ce genre ouvre la voie à l'unification des délits de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance, que favorise également la similitude de peines admise par quelques lois pénales étrangères, les lois belge et norvégienne notamment.

En faveur de cette unification, M. Garraud proposait la formule suivante, au congrès de Budapest : « Quiconque se procure ou tente de se procurer frauduleusement un bénéfice pécuniaire illicite au préjudice d'autrui par les moyens de soustraction, de détournement, par l'emploi de machinations dolosives, est puni.... (1). »

« La différenciation qu'établit le droit moderne entre le vol, l'abus de confiance et l'escroquerie, faisait observer dans son rapport M. Garraud, n'a peut-être pas été un progrès. Elle est, sous un certain aspect, la manifestation du caractère objectif des Codes issus de la Révolution française. » En tout cas, avec elle est née cette question de la distinction du dol civil et du dol criminel, qu'on a prétendu être rationnellement insoluble.

(1) Garraud, Rapport au nom de la commission de législation pénale du Congrès pénitentiaire de Budapest (*Bulletin de la commission pénitentiaire internationale*, 5^e série, liv. IV^e, 4^e vol., 1903, p.447).

En réalité, si, par dol, on entend la tromperie dans la conclusion d'une convention, ou la fraude dans son exécution, nous pouvons répondre, sans aucune hésitation, qu'au sens strict du mot, il n'y a pas de dol criminel. Si, en dehors des atteintes à la propriété, le législateur moderne a cru devoir porter sur le terrain du droit pénal la sanction de la mauvaise foi dans la conclusion et l'exécution des conventions, qu'il s'agisse de la répression des fraudes commerciales, admise aujourd'hui par toutes les législations, de la banqueroute, de l'insolvabilité frauduleuse, ou encore de la gestion infidèle, prévue seulement par un nombre limité de Codes pénaux, ce sont toujours des raisons d'opportunité qui l'ont inspiré. C'est à ces seules raisons qu'il a obéi, lorsqu'aux faits entachés de dol, selon la définition du droit civil, il a entendu appliquer les sanctions du droit pénal comme complément de celles du droit indemnitaire.

Vu :

Le Président de la Thèse,
A. LE POITTEVIN.

Vu :

Le Doyen,
LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Du dol civil et du dol criminel dans l'ancienne France	13
PREMIÈRE PARTIE	
DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU DOL DANS LA CONCLUSION DES CONVENTIONS EN DROIT FRANÇAIS. DE L'ESCROQUERIE ET DES DÉLITS SIMILAIRES.	
CHAPITRE PREMIER. — Théorie du délit d'escroquerie en droit français.	23
SECTION I. — <i>Histoire de l'article 405. — Son esprit général.</i>	23
SECTION II. — <i>Analyse de l'article 405.</i>	29
§ 1. — Des moyens du délit d'escroquerie. — Théorie générale.	29
§ 2. — Théorie du faux nom et de la fausse qualité . . .	42
I. — Du faux nom.	43
II. — De la fausse qualité	44
§ 3. — De la manœuvre par intervention de tiers et par abus de qualité.	52
I. — De l'intervention du tiers	52
II. — De l'abus de qualité vraie.	54
§ 4. — De l'erreur constitutive d'escroquerie.	58
§ 5. — De la remise des biens.	63
§ 6. — De la tentative d'escroquerie.	73
CHAPITRE I. — Etude pratique du délit d'escroquerie et des délits similaires	78
I. — Objet de l'étude	78

II. — Histoire et esprit général de l'article 408 . . .	160
§ 1. — Du détournement.	167
a) Détournement ou dissipation de la chose d'autrui	167
b) Du préjudice réel ou possible	176
c) Objet du détournement.	177
§ 2. — De la remise de la chose	180
a) Tradition réelle ou feinte	180
b) Tradition volontaire et forcée	182
c) Remise d'un objet enfermé dans un meuble ou une malle.	183
§ 3. — Du titre de la remise.	185
A. — Remise à titre de louage	189
Du cheptel, p. 189 ; De la location-vente, p. 194.	
B. — Remise à titre de dépôt.	197
C. — Remise à titre de mandat	202
Valeurs reçues en vertu d'un mandat, p. 204 ; mandat légal, p. 207 ; mandat tacite, p. 209 ; effets de commerce, p. 210 ; mandat domestique, p. 210 ; compte-courant, p. 212 ; commissionnaire, p. 213 ; gérant d'affaires, p. 213 ; associé, p. 214 ; vente à condition, p. 217.	
D. — Remise à titre de nantissement.	219
Gage en numéraire, p. 220 ; contrat de couverture, p. 222.	
E. — Remise à titre de prêt à usage	225
F. — Remise pour un travail salarié ou non salarié	228
§ 4. — Des vols qualifiés de l'article 386 et de l'abus de confiance qualifié	229
I. — Du détournement commis par « l'aubergiste, voiturier, hôtelier ou leurs préposés »	229
II. — Abus de confiance qualifié	230
a) Abus de confiance domestique.	230
b) Détournement commis par les officiers publics et ministériels.	231

CHAPITRE II. — De l'insolvabilité frauduleuse.	233
--	-----

A. — Détournement d'objets saisis	234
B. — Détournement de gage	237
C. — Législation comparée	238
<i>Appendice à la théorie des délits d'escroquerie et d'abus de con-</i> <i>fiance.</i>	240
§ 1. — De la novation	240
§ 2. — De l'immunité pénale entre parents et alliés . . .	243
CONCLUSION.	247

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
